2256

EX MUNIFICENTIA
FERDINANDI III. M. E. D.
DIE 3. IUNII 1791.

9. 2. 43

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



ULRICUS HUBER *FRISIUS* J.C.
Natus MDCXXXVI. Idus Mart. Denat. MDCXCIV. d. VI. Ja. Nov.

Digitized by Google

ULRICI HUBERI JCTI

SUPREMÆ FRISIORUM CURIÆ EX-SENATORIS

PRÆLECTIONUM

JURIS CIVILIS

TOMI III.

SECUNDUM INSTITUTIONES ET DIGESTA

JUSTINIANI.

ACCEDUNT

CHRISTIANI THOMASII JCTI

ADDITIONES

QVIBUS SUA SCHOLIA CONTRA AUCTOREM DEFENDIT

ET

LÜDERI MENCKENII JCTI

REMISSIONES AD JUS SAXONICUM.

EDITIO IN GERMANIA TERTIA

IN QVA PARATITLA EX NOVISSIMO JURE SAXONICO ELECTORALI, SUO QVÆVIS LOCO ADJECTA.

CUM INDICIBUS ACCURATISSIMIS.

LIPSIÆ,

SUMTIBUS JO. FRIDERICI GLEDITSCHII B. FILII.

M DCC XXXV.

Digitized by Google

Ad Benevolum Lectorem de nova hac editione præfatio.

ULrici Huberi prælectiones Juris Civilis jam dudum nulla egent commendatione, cum in illo Viro Summa Veteris Juris peritia, cum inſigni mentis acumine, & pari Civilium Rerum uſu fuerit conjuncta. Ut præterea in Germania major illarum eſſet uſus, CL. Jure Conſulti præſtiterunt. Namque CHRISTIANUS THOMASIUS Scholiis ſuis varia loca illuſtravit, LÜDERUS MENCKENIUS differentias Juris Saxonici annotavit, denique cum A. M D CC XXV. recuderetur opus, D. Jo. GEORGIUS SCHUBERTHUS, & D. GEORGIUS CHRISTIANUS GEBAUERUS addiderunt Paratitla, ex nova Ordinatione Proceſſus Saxonici, quæ tum in Provinciis Electoratus prorſus aliam foro faciem dabat. Quod inſtitutum quam faventibus judiciis publice exceptum fuerit, diſtracta intra breve tempus exemplaria teſtantur. Hæc vero, quam tertio jam damus, editio, hoc præcipue habet commodi, ut quæ ante in fine tantum comparebant Paratitla, hic ſuo quævis loco inſerta, Lectoribus uno conſpectu Romani & Saxonici juris placita exhibeant. Vale, Lector Benevole, & Conatibus Bibliopolæ porro fave. Lipſiæ in Nundin. Paſchalibus A. 1735.

Digitized by Google

LECTORI BENEVOLO

S. P. D.

CHRISTIANUS THOMASIUS.

CUm ante ſeptem & viginti annos Lipſiæ Jura Auditoribus quibusdam ſelectis & privatiſſimis explicarem, inter alias bonæ methodi cautelas ſollicitus eram de autore, qui doctrinam Juris Juſtinianei & poſitionibus brevioribus exponeret, & a mixtura jurium aliorum abſtineret. Et initio quidem eum in finem utebar Diſſertationibus Strauchianis, easque notis quibusdam illuſtrabam. Sed poſteaquam illuſtre Belgii decus, ULRICUS HUBERUS, Poſitiones ſuas ad Inſtitutiones & Pandectas edidiſſet, earumque brevitati majori Prælectionum commentario conſuluiſſet, præ aliis Autoribus ita ſe commendaverat hoc opuſculum diligentiſſimo tum & judicioſiſſimo Juveni, (nunc Viro Magnifico & Prænobiliſſimo, Civitatis patriæ Conſuli meritiſſimo, ac JCto excellentiſſimo,) Gerhardo Schrœdero, Hamburgenſi, qui informatione mea tum familiariter utebatur, ut ipſe eas Poſitiones ſeligeret, quæ examini perpetuo fundamenti loco ſubſtruerentur, meque moneret, ubi vel dubiæ mihi viderentur Autoris aſſertiones, vel explicatione ulteriore indigere, ſcholia quædam pauca ac brevia ſubjicerem. Poſtea cum Anno 1684. præfatas Poſitiones Huberianas in Academia Lipſienſi publicis Diſputationibus iterum ventilare inſtituiſſem, ſuadebant regulæ diſputandi, ut & opponentibus pariter ac reſpondentibus pateret, quibus in aſſertionibus ab illuſtri Autore hinc inde diſſiderem. Ita vero factum eſt, ut novam Poſitionum Huberianarum editionem, cui ſcholia mea jungerentur, Lipſiæ fieri curarem. Etſi autem tum temporis juvenilem ætatem non multum ſupergreſſus eſſem, non indigna tamen viſa ſunt ſcholia mea Hubero, quin ea novæ ſuarum Prælectionum editioni adjiceret, & locis debitis inſereret.

ret. Ad pleraque etiam addebat idem reſponſiones; quibus intendebat vel ad dubia mea reſpondere, vel etiam monitis meis aliquando locum dare. Quamvis vero mox ſentirem, in plurimis locis leges bonæ diſputationis a Viro illuſtri non adeo accurate fuiſſe obſervatas, & ita mihi non deeſſe inſtantiarum multitudinem adverſus iſtas reſponſiones HUBERIANAS, nolui tamen quicquam reponere, partim, quia ſcholia mea non intenderant ullum cum Autore litigium, ſed ſaltem declarationem ſententiæ meæ in uſum Auditorum; partim, quia pleræque Juris Romani controverſiæ ſunt in utramque partem diſputabiles; partim, qui nulla ſe offerebat occaſio commoda, tales exceptiones publicandi. Interim in ipſis lectionibus privatiſſimis ad Poſitiones HUBERIANAS, ea de re Auditoribus ſententiam meam dixi, tum etiam in diſputationibus Academicis aliquoties de materiis, de quibus tum agebatur, HUBERO reſpondi. Atque in hoc ſtatu res manſit, donec ante aliquot menſes Vir de edendis bonis libris præ cæteris ſolicitus, DN. JOH. FRIDERICUS GLEDITSCH ſibi proponeret, etiam Prælectionum HUBERIANARUM editionem in Germania noſtra ſumtibus ſuis & induſtria promovere, atque a me peteret additiones quasdam. Cum itaque occaſio commoda ſe ſiſteret, pauciſſimis, & absque tædioſa repetitione hactenus dictorum, ſcholia mea vel exponendi, vel defendendi, vel etiam corrigendi, nolui eandem prætermittere, atque ſic præſentes novæ additiones natæ ſunt. Neque enim propoſitum fuit, neque tempus ſuppetiit, ad alias prælectionum HUBERIANARUM partes quicquam monere. Uti vero ipſæ additiones novæ teſtantur, non raro me bona fide monitis HUBERIANIS locum dediſſe, ac ſcholia mea emendaſſe; ita ex altera parte, ubi ſententiam meam adverſus reſponſiones HUBERIANAS defendi, modus defenſionis, & verba ubique in factum temperata, ac judicium de tota controverſia plerumque Lectori relictum, docebunt, nequaquam eum in finem has novas additiones publicari, ut vel Viro illuſtri (interim beate defuncto) inſultare, vel de controverſiis iſtis ulterius cum quoquam litigare vellem. Hoc ultimum non admittit tempo-

Digitized by Google

ris caritas, quod in hac proficiente ætate utilioribus & amœnioribus ſtudiis impendendum eſt. Illud vero prius, præterquam quod vilioris & abjecti animi foret indicium, quem in me non cadere, vel parum æqui judices, quibus cognitus ſum, fatebuntur; inſuper ſtultum foret, ſi quisquam alius Huberiano nomini inſultare audeat, cum haud dubie non defuturi ſint ubique vindices, talem pruritum abunde coerciturі. Fuit enim ULRICUS HUBERUS, dum viveret, communis Belgii Præceptor, infinita Juvenum optimorum ingenia doctrina ſua imbuens, quorum non pauci nunc in variis Academiis aliisque locis Anteceſſorum ſamigeratiſſimorum & JCtorum excellentium perſonas ſuſtinent. Quin & filium poſt ſe reliquit, JCtum eximium, ZACHARIAM HUBERUM, cujus diſſertationes ſelectæ juridicæ & philoſophicæ, non ita pridem conjunctim publicatæ, ſatis docent, eum paterna veſtigia, & paſſibus quidem æquis, premere. Quodſi vero aliquibus in locis noviter a me dicta paulo acriora verba cuidam videbuntur, (quod tamen rarius continget,) eum rogo, ut cum meis hiſce additionibus ſemper conferre velit reſponſiones HUBERIANAS, quo facto etiam ſemper deprehendet, quod iſtæ reſponſiones tales additiones jure ſuo quaſi poſtulaverint, & quod acriores ſint, quam meæ additiones. Si tamen & hic aliquid a me peccatum eſt, nævo huic, tanquam humano, veniam oro, uti certum eſt, me veniam in iis etiam dediſſe Viro illuſtri, & absque indignatione, aut certe absque iracundia, me iſta placido ſcripſiſſe animo. Vale, lector benevole, & doctrina HUBERIANA, pariter ac noſtra cum judicio fruere. Dabam Halæ Saxonum, in Academia Fridericiana, die 26. Septembris Anni 1706.

Celſiſſimo

CELSISSIMO ET ILLUSTRISSIMO

PRINCIPI

HENRICO CASIMIRO,

D. G. PRINCIPI NASSAVIÆ &c. COMITI CATIMELIBOCORUM, VIANDÆ, DIETZIÆ, SPIGELBERGÆ, &c. BARONI LIESVELDIÆ, DOMINO BIELSTEINII, &c. GUBERNATORI HÆREDITARIO FRISIÆ ET ARMORUM PRÆFECTO SUPREMO, &c. UT ET GRONINGÆ, OMLANDIÆ, DRENTIÆQUE GUBERNATORI ET CAPITANEO GENERALI, &c. ACADEMIÆ FRANEKERANÆ CURATORI HONORARIO MAGNIFICENTISSIMO.

AUdacius hic liber in conſpectum Celſitudinis Tuæ prodit, HENRICE CASIMIRE, *Princeps Illuſtriſſime*, poſtquam Tu ſplendidiſſimis avitæ Hereditatis atque delatis a Republica titulis nomen Curatoris Academiæ, ſed honorarii, ſed magnificentiſſimi addere non adſpernatus es. Et cui potius conveniebat, hanc Tibi dignitatis acceſſionem gratulari, quam ei, quem fors benigna eodem anno præeſſe Lycæo voluit, quod poſt ſupremum Numen deinceps in Te ſuum decus tutelare, ſuam in proſperis auctoritatem, in adverſis rebus præſidium collocabit & venerabitur. Habemus omnes in memoria, quam liberaliter, quam honorifice & amanter glorioſæ recordationis *Parens Tuus* rem Academicam tutari non contentus, etiam augere, quotiens uſus ferret & exornare ſolebat. Non eſt animus equidem, nec opportunum fuerit, Academica damna, quæ poſt ſapientiſſimi *Principis* lamentabile fatum tulimus, ingrata commemoratione repetere. Sed erigit in ſpem novam perculſas tempore ſuo Muſas, Tua, generoſe *Princeps*, indoles, quam luculenta primæ adoleſcentiæ incrementa, quæ inter nos emicuere, jam tum egregie patefecerunt. Optamus, utique ac etiam ſperare fas ſit, quæ, ceſſante Cura Magnificentiſſima, res noſtræ detrimenta cepere, divina quidem bonitate potiſſimum, ſed Te, *Magnanime Princeps*, duce & auctore poſtliminio reditura. Reſtitutum iri adempta poſtliminio, inquam, ominamur, ut quæ ſuſpenſa magis violentia belli, quam ſublata penitus & extincta credere nos jubet amor ille vetus Friſicæ gentis adverſus literas & literatos. Tu vero, cui bono, HENRICE CASIMIRE, nuncupationes ornamentorum tuorum literario nomine claudi & obſignari paſſus es, quam ut prætextum benefaciendi Muſis earumque alumnis ſub titulo Curatoris haberes? Serviet hoc nomen tibi, credo, velut arcanum aliquod potentiæ, vel ingens privati ſubſidium ærarii; quærendum inde videlicet, ubi nihil lucri proponitur, quam bona mens & paupertas. Enimvero ipſum nomen Curatoris palam loquitur, eſſe munus, quod ſuſcepiſti, non honorem eſſe delatum, cujus omnis excellentia in beneficio exercendo orditur atque conſumitur. At ne parum Te, HENRICE PRINCEPS, Curatorem fore præſumas, ſcito, pupillam tutelæ mandatam eſſe Tuæ obnoxiam contemptui & injuriis, innocentia male tutam ſola, denique tanta auctoritate Tutoris & indigam nec indignam. Quin aut me vehementer opinio fallit, aut nimio generoſus erit *Naſſavius* ſanguis, quam ut tanto apparatu, nomen otioſum, ſine re, ſine virtute ſibi datum videri patiatur, An loquerentur ſolum homines, HENRICUM CASIMIRUM Academiæ Curatorem eſſe creatum, idque brevi auditu alii transmitterent; non loquerentur, Eum eſſe & Eum agere Curatorem? Hoccene reputatio honoris in tanto faſtigio, in tam acri ingenio ferret, ut noviſſimus hic titulorum, velut inane complementum, reliquis ſubjiceretur? Quin potius, ſicut Illuſtres Patriæ Patres judicavere, Principis & Comitis & Hereditarii Gubernatoris ſui decus, additamento literarii characteris non dehoneſtari, ſic etiam hoc mihi, ſapientiſſimis hominibus propoſitum eſſe videtur, ut attenuatam Academiam integris ornamentis ſuis novaque beneficentia complectantur & erigant & priſtino ſplendori reſtituant. Quod ut Tu, *Magnificentiſſime Curator*, adjuvare, promovere, perficere velis, ut pupillam, quæ ſe totam Tibi dedit, a Te tota pendere cupit, patrocinio curaque tua benefice magnificeque foveas, id ipſas Te Camænas rogare, obteſtari, ſupplicare puta: Etiam vero juxta illas, hunc librum ejusque auctorem

Celſitudinis Tuæ

Humillimum &c.

Kal. Aug. CIƆ IƆC LXXVIII.

ULRIC. HUBER.

** ULRI-

ULRICUS HUBER

Auditoribus ſuis Sal. D.

ETſi, cumprimum Juris docendi munus in patria Academia aggreſſus ſum, me valde memini alienum eſſe ab eo conſilio, cujus nunc ſpecimen exit in lucem, nihilominus ita ſemper arbitratus ſum, ſtudioſis adoleſcentibus expedire, ut ob oculos habeant librum, in quo ſumma eorum, quæ a Præceptore, quem audiunt, inculcantur, iiſdem fere verbis comprehenſa ſit. Nam pauci ea felicitate ingenii atque memoriæ ſunt, ut ſemel dicta retinere vel reddere, multo minus ea cum aliis ſcriptoribus ſtylo methodoque diverſis comparare queant. Sed ego conſtitueram, ſcripta Wiſſenbachii *noſtri, quæ in omnium manibus heic erant, meis auditoribus in hunc uſum commendare: Nam Præceptoris mei ſententias valide poſſidebam & in magno commodo reputabam, ſi primis diſciplinæ fundamentis defunctus animum ſtatim ad altiora conferre poſſem. At poſtquam hanc viam ingreſſus ſum, ut totum me cum publicis, tum & domeſticis inſtitutionibus darem, ſenſi,* Wiſſenbachiana *ad hunc ſcopum mihi non ſufficere; quia non viſum fuit viro Summo, artem integram uno nexu conjunctam tradere, ſed quæſtiones præcipuas ſeparatis poſitionibus illuſtrare, mixtis ſubinde definitionibus atque partitionibus, minime tamen omnibus, nec ita ut plene penitusque intelligi poſſent. Scitis, quantum Præceptoris optime de me meriti memoriæ tribuam, quantopere etiam vobis lectionem ejus commendem; ſed quod eum* κατὰ πόδας *in collegiis non ſequor, ratio, ni fallor, illa, quam dixi, bonis æſtimatoribus non improbabitur. Mitto dicere, quod ea felicitas mihi non contingit, ad quam ille ſe examuſſim compoſuerat, ut Præceptoris ſui opiniones, adusque ſenectam magno animo tueretur, in ſtatuendis antinomiis, in carpendis Juſtiniani Miniſtris, in pluribus ſententiis, quæ a vulgo recedebant. Nam etſi in diſcendo me credulum, ut habet præceptum, ſedulo præbuerim, quod tamen, cum maturiore judicio cuncta examinaſſem, aliter vos docere non potui, quam bona fide intelligerem mihique perſuaſiſſem, æquus judex vitio non vertet. Nam ſi quid hac parte vitii latet, id naturæ qualitati, non animi propoſito fuerit imputandum. Enimvero, licet ineptum id forte videbitur, ego etiam in hoc capite, ex eventu mihi blanditus ſum; quod, cum minime id agerem, ut communes Interpretum opiniones mihi ſequendas præjudicarem, omnibus tamen exactis & perpenſis, in id ingenii mei trutina plerumque declinaverit, quod communi ſcholæ jam pridem viſum fuerat. Meminiſtis, quam me nunquam repertis novitatibus venditaverim, quam ſæpe illis reſtiterim, nec id tamen odio novitatum vel invidia laudis alienæ factum, cujus cauſas procul habui: quin faveo ingeniis ſeculi & laudo inventores bonarum rerum etiam noviſſimarum: ſed oportet hanc eſſe mei innoxiam ingenii ſimplicitatem, quod in receptis, etiam re bene perpenſa, magis acquieſco: Neque vero aliis tamen ſcripta vobis obtruſi; illud in primis arriſit ac etiamnum placet,* τὰ κοινὰ κοινῶς. *Porro alium a* Wiſſenbachio, *cujus ductu jus certum & controverſum ad Inſtitutiones & Pandectas æquabiliter explicarem, non facile reperiebam. Etenim ita ſemper faciendum putavi, non ut totum jus nova methodo, aut ſecundum ſeriem Pandectarum uno contextu tractarem, ſed ex voluntate Juſtiniani Auguſti, quam merito plurimi facimus, Inſtitutiones ante Pandectas tyronibus diſcendas propoſui; quemadmodum hic mos adhuc per omnes, ni fallor, Academias, quicquid novi methodiſtæ moliti ſunt, locum uſumque ſuum retinuit. Hactenus tamen mos ſeculi præſcriptum Imperatoris ſubegit, ut Inſtitutiones non ſemeſtri opera tranſmittantur, ſed paulo tractentur diutius atque preſſius elaborentur. Non quod auctor ſim, ut plus ſemeſtri ſpatio explicandis iis impendatur, quod ego quidem non ſoleo; ſed quoniam mea ſic ratio eſt, ad ulteriora non producere ſtudioſos, antequam priora bene ſolideque digeſſerint & exprompta memoria judicioque complexi ſint, quæ res aliquam moram & juxta vetus illud,* δὶς καὶ τρὶς τὰ καλὰ, *repetitionem poſtulat. Suaſi & illud, ne diffuſa lectione initia ſua confunderent; ſed ita exiſtimarent, nihil melius inſtituere ſe poſſe, quam ut Præceptorem ſuum deſcriberent non tam calamis quam animo. Illi vero utrumque gnaviter fecere, atque ex ore prælegentis ad Inſtitutiones & Pandectas continuas* ἀκροάσεις, πυκνῶς, *ut fit, exaraverunt. Has ego mendis ſcatentes operoſeque deſcribendas, non gravatus ſum, ut eorum operas levarem ære typographico excudendas dare, at ſine meo nomine, quod tu-*

mul.

Digitized by Google

multuarlum opus non merebatur. Utinam de præſenti opuſculo non idem aliquando ſit optandum! Verum ad hoc quidem ipſa me neceſſitas compulit, ut poſtquam auditores meo præſcripto uti cœperunt, illo videlicet brevi atque conciſo, aliquid iis ſubminiſtrarem, quo priora enucleata plenius exponerentur. Quam mihi initio profeſſionis nihil tale propoſitum fuerit; feci palam, cum primum Digreſſiones Juſtinianeas publico dedi: ſed perſona ſuſcepta fuit abſolvenda & auditorum utilitati vel invito ſerviendum. Ratio inſtituti eſt, ut jus Romanum breviter & perſpicue enarretur, factaque quandoque digreſſiuncula in nobiliores controverſias, monitisque lectoribus, quid univerſali conſuetudine vel moribus Patriæ obtineat (aliarum gentium, quod infinita & aliunde petenda judicabam, rarius memini.) In pandectis nihil eorum, quæ ad Inſtitutiones dicta ſunt, repetimus; ſed quæ capita illic non traduntur, ea plene, ſicut in prima parte factum, exequemur: quæ cum Inſtitutionibus παράλληλα ſunt, de his ſingularia & in prima parte non dicta memoramus: ut ita ex Inſtitutionibus atque Pandectis æquabile corpus fundamentorum juris exhibeamus, quemadmodum in principio hujus ſcripti conſtitutum erat. In ipſis collegiis viva voce argumenta Inſtitutionum examinando recolimus. Ita commodum Inſtitutiones ſemeſtri, Pandectas annuo ſpatio abſolvimus. Inſtitueram aliquando diſputationes ſcribere fundamentales, quæ non ſunt abſolutæ, propter obitum Typographi, & quoniam uſus me docuerat, hæc in iis eſſe peccata; congeſſeram illuc in unum locum omnia, quæ in locis παραλλήλοις de iisdem materiis ferme dici poterant & revera in Pandectis erant dicenda. Diffuderam me nimis in quæſtiones philologicas & obſervationes humaniores, ſed nunc in ea ſum hæreſi, Jurisprudentiam οἰκείοις fundamentis & propria ſupellectile debere eſſe contentam; non quod Jureconſultum eſſe putem conſummatum, qui varia eruditione non ſit excultus, & cui vetuſtas artis ſuæ ignota ſit, Romana inquam; ſed quod eam in Jure docendo non credo exercendam, multo minus oſtentandam; delibari duntaxat & promi exinde, quod ad intellectum Artis eſt neceſſarium, nec ultra volo. Propterea, quæ hujus erant generis ſecrevi in Digreſſiones ſive obſervationes, quas humaniores appellavi, quatenus Inſtitutiones publice prælegi. Hic Jus habetis cultum & inſtructum eo inſtrumento, quod ornet nec oneret; duntaxat ita conatus ſum. Denique ex his meis rationibus facile animadvertetis, me non metuere multitudinem eorum, qui ad Inſtitutiones & ad Pandectas ſcripſiſſe dicuntur; Nam ego vobis conſultum volo; ſi perituræ ſunt hæ lectiones, cum ego amplius non ero, nihil recuſo; modo vobis, qui noſtris viis ambulatis, hæc proſint, quod non modo jam ſpe bona præſumſi, ſed & luculenter expertus ſum. Quid ergo? dicetis; huiccene libro ſoli inhærebimus, alios non curabimus? Minime vero, inquam, ſed hoc Catone vos primo velim eſſe contentos, qui meæ vocis miniſterio utimini; At vero cum hæc ſubegeritis, tum quocunque velitis vagamini, & meliora reperta meis libere præferte; quin & me docete, quo nihil erit gratius; neque novum erit mihi, quoties eveniet poſthac, a diſcipulis eſſe doctum; ſæpe cum fructu id expeto. Sed nolo vos diutius remorari: Si mea ſcripta non valent, præfationibus nihil proficiam; ne quidem, ſi typographum aut amicum, notum vel ignotum ſubornem, qui me meosque conatus invidendis laudibus oneret: In hac iterata editione accidit, quod ſolet iis, qui docendo ſcribendoque proficiunt, ut emendando & novando non poſſint abſtinere: quemadmodum heic notabili acceſſione, ſi cui priora cum poſterioribus conferre libeat, factum deprehendetur. Auxit hæc incrementa conſilium huc referendi Scholia, quæ Vir Cl. Chriſtianus Thomaſius, *Juriſconſultus Lipſienſis, ante biennium* Poſitionibus *noſtris adjecta, publici juris fecit, quæ cum ex his* Prælectionibus *ſint deſumta, quicquid ad illas ſpectabat, huc perinde referri poterat. Longe autem melius operisque modo convenientius erat, Scholiorum conſiderationem in his prælectionibus exequi; niſi quatenus heic jam prius occupata, expoſitaque fuerant: nam quæ hujus erant generis, omiſimus. Cæterum, non ingratas fore Lectori obſervationes, quæ ex ipſis ſcholiis & reſponſionibus ad illa natæ ſunt, confidimus; cum, quod minime ſpernenda aut vulgaria ſunt, quæ Vir Eruditus protulit, tum quod lectionum & diſputationum perpetuarum denſitas his quaſi emblematis ac intermiſſionibus diſtingui & recreari non incommode poſſe videbatur. Vos fruimini ſultis & faciente Deo Pandectarum Expoſitiones, ſequenti anno, expectate. Si quæ vobis occurrent mendæ, quas graves fore non ſpero, eas benevole emaculate.* Valete.

Digitized by Google

INDEX QUÆSTIONUM

Secundum ordinem Inſtitutionum.

1. STUdium Juris tecte Theoreticum vel Practicum dicitur, etſi juriſprudentia ſit mere practica diſciplina . *Proœm* 1
2. Codex derogat pandectis, etiam quatenus ex veteri codice deſumptus eſt 9 ſq.
3. Inſtitutiones ſæpe derogant pandectis, & hæ quandoque illis 10
4. Antinomiæ in jure nec nullæ nec multæ ſunt 11
5 Juſtitia recte definitur, conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi lib. 1 t. 1, 2
6. Diviſio juſtitiæ in univerſalem & particularem, non eſt accurata 4
7. Et definitio juſtitiæ ad univerſalem, quæ dicitur, male refertur ibid.
8. Jus a juſtitia appellari non inepte dicitur 6
9. Definitio *juris naturæ*, quod natura omnia animalia docuit, non eſt abſurda; melior tamen, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit tit. 2, 1
10. Diviſio juris gentium in primævum & ſecundarium facile defendi poteſt 3 ſq.
11. Legis & conſuetudinis genuina differentia non pendet a ſcriptura 7
12. Senatusconſulta ſub imperatoribus demum acceperunt juris poteſtatem 8
13. Legem tegiam vere latam eſſe Romæ 9
14. Vi legis illius princeps ſolutus eſt legibus cunctis ibid.
15. Conſuetudo poſteriot poteſt abrogare legem ptiorem 12
16. Tria jutia objecta, proprie loquendo, non dantur 14
17. Medium genus hominum inter liberos & ſervos etiam non datur tit. 4, 1. ſq.
18. Servitus recte dicitur conſtitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur tit. 3, 3
19. Et tamen repugnat eadem ſervitus rationi naturali ibid.
20. Imo nec vana ratio eſt, ſervitutem melius potuiſſe retineri, quam nunc abolita eſt, putantium 5 ſq.
21. Aſyla non habent uſum laudabilem in hodiernis rebuspublicia tit. 8, 2
22. Patris poteſtas juri civili potius quam juri gentium adſcribitur tit. 9, 1
23. Matri non eſſe tantum juris in liberos, quantum patri datur, recte conſultum eſt jure Romano ibid.
24. Jus vitæ & necis, quod olim habuere domini Patresque, rectius abolitum eſt deinceps . tit. 8, 2
25. Jus regium, quod habetur 1. *Sam. c.* 8. *v.* 11. recte vertitur & appellatur jus potius quam modus, vel mos tit. 8, 3
26. Matrimonium recte definitur viri & mulieris conjunctio individuam vitæ conſuetudinem continens tit 10, 1
27. Concubitus non pertinet ad perfectionem matrimonii ibid.
28. Nihilo magis olim ritus ducendi domum uxorem, ſicut nec hodie benedictio eccleſiaſtica ibid.
29. Matrimonium non eſt contractus . 2
30. Secundæ nuptiæ nullo jure vel ratione prohibitæ ſunt 3
31. Jus canonicum & civile nihil revera diſcrepant in doctrina ſponſaliorum 5
32. Nuptiæ ſine patris conſenſu initæ adeo nullæ ſunt, ut pater eas quoque diſtrahere poſſit 17
33. Conſenſus tamen patris tacitus ſufficit, ſi quando ſciverit neo contradixerit 9
34. Ratihabitio patris, nuptias inde ab initio facit legitimas, adeo ut liberis antea quoque natis proſit 10
35. Filia minor annis xxv. non poteſt nubere inconſultis matre, curatoribus & propinquis 11
36. Eadem tamen contra voluntatem matris & propinquorum nubere poteſt ibid.
37. Comprivigni, ut & fratrum liberi, recte nuptiis conjunguntur 15
38. Dotalia inſtrumenta non ſunt neceſſaria ad legitimationem, quæ fit per ſubſequens matrimonium 19
39. Adoptatus ab extraneo non tranſit in adoptantis poteſtatem tit. 11, 3
40. Quando arrogator filium impuberem emancipat vel exheredat, cogitur ei relinquere quartam partem omnium bonorum 6
41. Imo duntaxat quartam partem portionis ab inteſtato debitæ . ibid.
42. Adoptio teſtamentaria, quæ in hiſtoriis memoratur, non eſt ſpecies adoptionis tit. 11, 1
43. Nobilitas adoptantis cum adoptato communicatur 13
44. An pater filium quoque invitum emancipare poſſit tit. 12, 7
45. Matrimonium & ſeparata habitatio rectius hodie tollunt patriam poteſtatem, quam jure Romano non tollunt 8
46. Qui ſunt in tutela, recte dicuntur eſſe ſui juris & ſuæ poteſtatis tit. 13, 1
47. Verba, *in capite libero*, quæ ſunt in definitione tutelæ, rectius ad pupillum quam ad tutorem referuntur 2
48. Tres dantur tutelæ ſpecies, non plures, neque pauciores 3
49. Pater etiam filio exheredato tutorem dare poteſt ibid.
50. Mater autem non poteſt, niſi filio heredi inſtituto ibid.
51. Tutorem habenti non datur tutor t. 13, 8
52. Certæ rei vel cauſæ tutor dari non poteſt tit. 14, 3
53. Tutor datus filiis ad nepotes non pertinet, liberis datus contra 4
54. Emancipatio jure novo non eſt capitis diminutio tit. 16, 4
55. Tutoris datio non eſt juriſdictionis neque imperii tit. 20, 1 ſq.
56. Auctoritas tutoria ſupervacua eſt, ubi de commodis pupillorum agitur tit. 21, 1

57. Pu-

Digitized by Google

57. Pupillus ſine tutoris autoritate naturaliter ſemper tenetur, locupletior factus etiam civiliter l. 1 t. 21, 1. l. 3 t. 20, 2
58. Curator invitis adoleſcentibus non datur tit. 23, 1
59. Prodigus aliter quam decreto magiſtratus interveniente, nec incipit nec deſinit eſſe in cura 5
60. Tutela recte publicum munus dicitur tit. 25, 1
61. A tutoris datione jure novo appellari non poteſt, niſi excuſatione ab inferiore magiſtratu rejecta 13
62. Minor ætas non eſt cauſa excuſationis in ulla ſpecie tutelæ 14
63. Neque erratum videtur a Triboniano in §. 13. *I. de Excuſat.* ibid.
64. Etiam legitimi tutores excuſare ſe poſſunt 20
65. Cognitio de ſuſpectis tutoribus eſt ordinariæ juriſdictionis, nec tamen competit magiſtratui municipali tit. 26, 2
66. Tutor remotus ob latam culpam plerumque fit infamis 7
67. Non datur tertium genus rerum, inter eas, quæ ſunt in patrimonio & extra illud l. 11 t. 1, 2
68. Res a pontificiis relictæ eccleſiis, ſine ſuperſtitioſo, non poſſunt a Reformatis in uſus profanos converti 9
69. Cenotaphia non ſunt loca religioſa 10
70 Violatio portarum atque murorum urbis Romanæ capitalis eſt; æque municipiorum, ut videtur 11
71. Rerum incorporalium non eſt dominium proprie dictum 13
72. Diviſio dominii in directum ac utile non eſt accurata verbis, ſignificatione rei non abhorret a Juris doctrina 15
73. Diſtinctio inter modos & cauſas dominii acquirendi in ſcholis juridicis neceſſaria eſt 16
74. Mare non poteſt redigi in dominium, niſi quatenus eſt acceſſio terræ, nec civili neque gentium jure 18
75. Qui res in mare, naufragii vitandi cauſa abjectas, animo lucrifaciendi tollit, furtum committit 27 ſq.
76. Qui res, quarum Dominus ignoratur, invenit, non poteſt eas dare pauperibus 28 fin.
77. Alveus fluvii derelictus pro parte vel totus indiſtincte acquiritur iis, qui proximos habent fundos 35
78. Inundatio non mutat dominium 37
79. Actio de tigno juncto in duplum, datur etiam adverſus eum, qui bona fide tignum junxit ædificio ſuo 39
80. Qui ſciens in alieno ſolo ædificavit, ne materiam quidem, diruto ædificio, vindicare poteſt ibid. ſq.
81. Qui bona fide in ſolo alterius ædificavit, & ædificium reſtituit impenſas deinceps repetere non poteſt 40
82. Specificatio dominium tribuit, etiam ei, qui ſciens malaque fide ex aliena materia fecit novam ſpeciem 44
83. Inter confuſionem & commixtionem, ratione dominii acquirendi, nihil intereſt 45
84. Fructuum perceptio non eſt ſpecies acceſſionis, verum modus acquirendi dominii peculiaris 46
85. Bona fides non eſt cauſa, ſed requiſitum neceſſarium acquirendi fructus ibid. in fin.
86. Fructus naturales ex ratione juris non fiunt bonæ fidei poſſeſſoris 47
87. Perceptio eſt cauſa dominii fructuum acquirendi 48
88. Conſumptio non eſt ejus rei cauſa ibid.
89. Tamen bonæ fidei poſſeſſor extantes licet perceptos fructus domino fundi reſtituere cogitur ibid.
90. Traditio ex ratione juris Gentium non requiritur ad dominium transferendum 52
91. Nec jure civili vacua poſſeſſio ad dominii translationem neceſſaria eſſe videtur 53
92. Procurator ad omnia bona ſimpliciter datus res domini alienare poteſt, ſi id illi evidenter expediat 56
93. Poſſeſſio recte definitur, detentio rei corporalis, cum animo ſibi aut alii eam habendi 60
94. Poſſeſſio non eſt jus in re lib. 2. tit. 1, 12. in fin. lib. 4 tit. 15, 2, 7 (l. 2. tit. 3, 1 b
95. Servitus non eſt, niſi quæ ſit utilis prædio dominanti
96. Qui habet actum, is etiam habet iter; qui viam, & actum 4
97. Qui non debet vicino ſervitutem, poteſt ejus lumina penitus obſcurare ædificando, ſi velit 10
98. Luminum ſervitus differt a ſervitute luminibus non officiendi 12 ſq.
99. In præſcriptione ſervitutum non requiritur neceſſario bona fides, neque titulus, neque ſcientia domini 16
100. Definitio uſusfructus, quod ſit jus alienis rebus utendi fruendi, ſalva rerum ſubſtantia, ſatis accurata eſſe videtur tit. 4, 1
101. Uſusfructus non recte dividitur in cauſalem atque formalem 3
102. Veſtimentorum verus uſusfructus eſt 7
103. Cautio uſufruct. non poteſt a teſtatore remitti 9
104. Male utendo non finitur uſusfructus 11
105. Ceſſio uſusfructus in alium quam in rei dominum facta nullius momenti eſt, nec ad finiendum uſumfructum pertinet 12
106. Venditio tamen uſusfructus non eſt prohibita, quod ad effectum emolumenti attinet ib. ſq.
107. Operis legatis, uſus relictus videtur tit 5, 4
108. Uſucapio, ſicut jure Romano prodita eſt, non abhorret a rationibus juſtitiæ ac honeſtatis tit. 6, 2
109. Res oppignerata & ab ipſo debitore ſurrepta poteſt a tertio uſucapi 12
110. Emptor & donatarius utuntur acceſſione temporis, quo anteceſſores eorum poſſederunt, ad uſucapiendum; ita, ſi uterque bonam fidem habuerit 14
111. Donatio non videtur eſſe contractus tit. 7, 1
112. Donatio mortis cauſa manet talis, etſi a donatore per traditionem impleta ſit 2
113. Non manet donatio mortis cauſa, vere talis, ſi adjectum ſit, *ne unquam revocetur* ibid.
114. Donatio omnium bonorum valet 5
115. An etiam futurorum? Ita videtur ibid.
116. Quod inter conjuges vetitæ ſunt donationes, recte meritoque factum eſt 8
117. Supervenientia liberorum ſolis patronis cauſam revocandi donationem præbet 7
118. Maritus revera dominus eſt rerum dotalium tit. 8, 7
119. Pactum de non alienando non poteſt impedire dominii tranſlationem 8
120. Jure ff. bona adventitia filiorum familias pleno jure patrum fuerunt tit. 9, 2 ſq.
122. Hereditatis non eſt dominium lib 1 tit. 1, 12 Schol.
122. Hereditas eſt jus incorporale, non tamen eo ſenſu, quo dicitur univerſitas ſive complexio omnium rerum ſimul, ut vult Vinnius *ad tit. Inſt. de reb. corp. & incorp.* lib. 2. tit. 2, 2
123. Teſtamentum recte definitur, voluntatis noſtræ juſta

ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit lib. 2. tit. 10, 3
124. Teſtamenti jus non adverſatur juri gentium, vel juri naturæ 2
125. Contractus in teſtamento non poteſt celebrari quo ſenſu 8
126. Legatarius etiam in teſtamento nuncupativo poteſt eſſe teſtis 16
127. Duo teſtamenta in iisdem tabulis condi non poſſunt 19
128. Teſtamentum ante militiam factum non aliter convaleſcit, teſtatore milite facto, quam ſi is aliquo dicto vel facto confirmaverit tit. 11, 6
129. Filiusfamilias de bonis caſtrenſibus vere & quaſi talibus duntaxat, teſtari poteſt, non etiam de adventitiis, etſi pleno jure ad ipſum pertineat tit. 12, 2
130. An patre conſentiente, filiusfam. teſtari poſſit ibid.
131. Teſtamentum prodigi, licet provide factum, non debet habere effectum neque poteſt per leges 3
132. Capitis damnati, ne quidem jure novo teſtamentum condere poſſunt 7
133. Exheredatio non definitur accurate, quod ſit excluſio ab hereditate alicui lege competente tit. 13, 1
134. Exheredatio ſine expreſſione cauſæ facta non reddit teſtamentum ipſo jure nullum 11 ſq.
135. Præteritio filiifamilias teſtamentum adeo facit ipſo jure nullum, ut nec legata quidem & fideicommiſſa valeant tit. 13, 2
136. Poſthumi exheredatio teſtamentum ne quidem jure noviſſimo facit nullum 4
137. Diſcrimen inter ſuos & emancipatos liberos, quod ad heredis inſtitutionem vel præteritionem attinet, nunquam fuit mutatum 2
138. Hereditas jacens recte dicitur repræſentare dominum defunctum tit. 14, 1
139. Teſtator non poteſt prohibere jus accreſcendi inter coheredes 3
140. Vulgariter ſubſtitutus excludit quoque matrem & patrem primi heredis tit. 16, 3
141. Non tamen, ſi filius repudiet hereditatem ſibi delatam ibid.
142. Subſtitutio vulgaris expreſſa continet pupillarem tacitam ibid.
143. Et pupillaris expreſſa comprehendit tacitam vulgarem ibid.
144. Pupillariter ſubſtitutus ſuccedit, etſi filius abſtentus ſit hereditate paterna 4
145. Mater non poteſt pupillariter ſubſtituere liberis ſuis 2
146. Filio quoque exheredato pupillariter a patre ſubſtitui poteſt 8
147. Subſtitutus ultimo ex liberis morienti, ſi pariter mortui ſunt liberi, ad totam hereditatem admittitur 9
148. Subſtitutio pupillaris ultra tempus pubertatis facta non flectitur in vim fideicommiſſi 11
149. Teſtamentum prius, in quo teſtator ſibi ipſi derogavit facultatem mutandi teſtamenti, tamen per poſterius tolli poteſt tit. 17, 2
150. Poſterius tamen ſimpliciter factum non tollit prius, in quo eſt talis clauſula derogatoria 4
151. Revocatio ſolennis facta coram ſeptem teſtibus ſufficere videtur ad revocandum prius teſtamentum 8
152. Poſterius teſtamentum, ſalvo priore, aboletur; an prius recuperat vires ſuas? Non videtur, niſi teſtator id expreſſerit 7
153. Querela inofficioſi non eſt diverſum judicium ab hereditatis petitione ex cauſa inofficioſi tit. 18, 2
154. Poſthumis exheredatis etiam datur querela inofficioſi 6
155. Renunciatio hereditatis a liberis, vivo patre facta, non excludit querelam inofficioſi 7
156. Legitima recte dicitur portio *hereditatis*, etiam recte portio *bonorum* 9
157. Eſt tamen portio portionis ab inteſtato debitæ, non totius hereditatis ibid.
158. Augmentum legitimæ de quadrante in trientem locum etiam habet in parentibus 11
159. In ſola proprietate Legitima non poteſt relinqui aut adſignari 12
160. Exheredationem bona mente fieri, non eſt a ratione alienum 13
161. Condictioni ad ſupplementum legitimæ non præſcribitur, niſi triginta annorum ſpatio 17 in fin.
162. Filiusfamilias non tranſmittit querelam ſemper ad heredes ſuos haud præparatam tit 18, 5
163. Si filius juſte fuerit exheredatus & poſt patrem mortuus, nepos ex eo non habet querelam ibid.
164. Teſtamentum, in quo ſcripta eſt exheredatio ſine cauſa, vel ex cauſa legi incognita, non eſt ipſo jure nullum 16
165. In temporibus, quibus cum heredibus extraneis debet eſſe teſtamenti factio, nihil erroris commiſſum eſt a Triboniano *in* §. 4. *Inſt. de Hered. qual. & diff.* ſecus ac Vinnius tit. 19, 2
166. Filiusfamilias, neglecto inventario, non amittit legitimam 6
167. An & Trebellianicam heres extraneus? Utrumlibet 5
168. Infantes & furioſi non poſſunt hereditatem tranſmittere ad ſucceſſores ſuos, niſi a parentibus ipſis delatam 9 ſq.
169. Subripiendo aliquid e rebus hereditariis non amittitur jus repudiandi 17
170. Legatum recte definitur, donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præſtanda tit. 10, 1
171. In legato generis electio eſt legatarii 18 in fin. ſq.
172. Qui rem alienam ſibi legatam emit, etiam ſciens legatam eſſe, tamen ejus pretium petere poteſt 6
173. Res legatarii propria non poteſt ipſi legari, nec peti, licet deinceps alienata 8
174. Rei extra commercium poſitæ, legatæ, ne quidem æſtimatio debetur 9
175. Poſthumus alienus tam inſtitutionis heredis quam legati olim incapax fuit 20
176. Jus accreſcendi locum habet inter quoslibet conjunctos 26
177. Error nominis proprii non vitiat legatum, ſecus in appellativo 28
178. Actio perſonalis de legatis datur adverſus ſingulos heredes pro partibus hereditariis 34 ſq.
179. Fructus & uſuræ legatorum præſtantur a tempore moræ 37
180. Repudiatione prælegatum non amittitur tit. 21, 2 ſq.
181. Si ex ſtatua legata veſtis ſit facta, legatum extinguitur 2
182. Jure etiam novo heres compellere poteſt legatarios, ſi quarta ſalva non ſit, ut ſecum paciſcantur tit. 22, 5

183. Ratio legis Falcidiæ poni debet in ſingulis heredibus ſq.
184. In Falcidiam non computantur ea, quæ jure legati vel fideicommiſſi ab herede percepta ſunt, ſecus eſt in quarta Trebelliana 1
185. Filiusfamilias fideicommiſſo gravatus non poteſt deducere Quartam Trebelli, præter & ſupra legitimam tit. 23, 7
186. Fideicommiſſum perpetuum non extenditur ultra quartum gradum 17
187. Non omnis differentia inter legata & fideicommiſſa hodie mutata eſt, ne quidem ad effectum quod attinet tit. 24, 2
188. Mulier non videtur teſtis in codicillo eſſe poſſe prohiberi tit 25, 1
189. Vitium præteritionis aut exheredationis injuſtæ non poteſt emendari per clauſulam codicillarem, quæ dicitur 5
190. Qui voluit facere teſtamentum, ſed fecit vitioſum, non adjecta clauſula codicillari, nihil agit 4
191. In ſucceſſione ab inteſtato non attenditur, unde bona venerint, nec in recta, nec in collaterali linea lib. 3. Nov. 118, 2. 9 & 13
192. Liberi fratrum ſoli ab aſcendentibus excluduntur 11
193. Liberi fratrum germanorum præferuntur liberis uterinorum & conſanguineorum 12
194. Patruus defuncti & fratris ejus filius una ſuccedunt 14
195. Furioſis & infantibus non ſemper, qui illis ſunt proximi, ſuccedunt lib. 2. tit. 19, 18
196. Succeſſio conjugum non eſt ſublata per Nov. CXVIII. lib. 3 Nov. 118, 18
197. Vir inops æque ſuccedit locupleti uxori, quam vidua inops locupleti marito ibid.
198. Obligatio recte refertur ad ſecundum juris caput, ſive objectum, ut loquimur lib. 3. tit 14, 1
199. Cauſæ obligationum duæ ſunt, contractus & delictum 4
200. Contractus recte in quatuor ſpecies dividuntur: contrahuntur enim aut re, aut verbis, aut literis, aut conſenſu ibid in fin.
201. Mutuum eſt alienatio tit. 15, 2
202. Qui plus promiſit ſe redditurum, quam mutuo accepit, ad plus illud nullo modo tenetur 5
203. Condictio certi, quæ datur ex mutuo, non eſt ei ſpecialis, ſed generalis omni contractui, e quo certum debetur 6
204. Depoſitum non eſt rerum immobilium 11
205. In rebus commodatis fit æſtimatio culpæ, ſicut in rebus pignori datis 15
206. Vulgata Lectio L. 13. §. 1. ff. de Pignor. act. rationi juris bene convenit, nec eſt in textu, quod emendandi operam flagitet ibid.
207. Stipulatio eſt contractus ipſa origine civilis & Romanus tit. 16, 1
208. Qui factum promiſit; præſtando id quod intereſt, faciendi neceſſitatem evitare non poteſt 5
209. Stipulatio pœnalis non facit novationem prioris obligationis 6
210. Duo rei ſtipulandi non habent beneficium diviſionis, jure civili tit. 17, 1
211. Correus, toto ſoluto, non habet actionem adverſus alterum correum 2 in fin.
212. Promiſſio rei turpis ipſo jure nulla eſt tit. 20, 9
213. Minor annis XXV. etiam ſine curatore obligatur tit. 20, 5
214. Lex 101. ff. de Verb. oblig. ut vulgo legitur, nihil eget emendationis ibid.
215. Alius alii non poteſt acquirere obligationem 6
216. Qui ſtipulanti decem, promiſit viginti, duntaxat in decem obligatur 13
217. Sponſio de rebus futuris non turpibus obligationi & actioni producendæ valida eſſe videtur 12
218. In cauſis criminalibus, quarum pœna cruciatus corporis aut relegatio eſt, non poteſt dari fidejuſſor, nec quidem ad carceres ille ſe obſtringere poteſt tit. 21, 2
219. Pro naturali obligatione poteſt intervenire fidejuſſor & obligatur; imo non poteſt 3
220. Qui ſpopondit in majorem ſummam, quam debet reus principalis, plane non tenetur 4
221. Imo ille tenetur in concurrentem ſummam ibid.
222. Fidejuſſor, qui ſe obligavit, ut principalem, ideo non amittit beneficium ordinis 6
223. Beneficium ceſſionis, poſt ſolutionem factam, non habet amplius uſum vel effectum 8
224. Literarum obligatio non ſine ratione a Juſtiniano conſtituta eſt tit. 22, 3
225. A contractu emptionis venditionis ſolo conſenſu perfecto, non licet alteri, altero invito, recedere, ne quidem cum diſpendio arrhæ tit. 24, 3
226. Nec quidem oblato eo quod intereſt aut duplo, venditor evitare poteſt tradendi neceſſitatem 4
227. Rerum, quæ commercio exemptæ ſunt, venditio recte conſiſtere & non conſiſtere dici poteſt 10
228. Periculum rei venditæ necdum traditæ pertinet ad emptorem 2
229. Sed culpam præſtat venditor levem duntaxat ibid.
230. Si tertius, in cujus arbitrio pretium a contrahentibus poſitum eſt, iniquum dicat, infra duplum tamen, non datur reductio ad arbitrium boni viri 6
231. Permutatio eſt contractus innominatus 8
232. Locatio conductio requirit etiam, ut merces in ſola pecunia numerata conſtituatur tit. 25, 3 ſq 9
233. Emphyteuſis eſt contractus juris gentium, ſicut locatio conductio & emptio venditio 5
234. Locatio conductio non deſinit eſſe talis, eo quod dominium accidit in eo transferri 2
235. Conductor non niſi de levi culpa tenetur 11
236. In ſocietate, quando nihil conventione expreſſum eſt, partes intelliguntur æquales & quidem arithmetice tit. 26, 1
237. Quando ſociorum alter, ſolus contulit ſortem, alter eam ſortem non participat 3 fin.
238. Mandati generalis diviſio in ſimplex & cum libera, non videtur habere rationem t. 27, 1
239. Mandatarius rei illicitæ per imprudentiam exceſſum in exequendo mandato committens, eo ipſo mandantem ordinariæ pœnæ alligare videtur 5
240. Salarium actione mandati nullo modo peti poteſt 11
241. Mandatarius etiam de leviſſima culpa tenetur 7
242. Morte mandantis vel mandatarii finitur mandatum 10
243. Negotiorum geſtor etiam leviſſimæ culpæ reus fit t. 28, 2
244. Non ſolum facti, ſed etiam juris error, condictioni indebiti locum facere poteſt 8

245. Qui

Digitized by Google

245 Qui ſolvit quod non debebat vero creditori, poteſt condicere quod ſolvit 9
246. In transactione locum habet condictio indebiti, perinde ac in aliis contractibus 12
247. Solutio per partes invito creditori non poteſt obtrudi t. 30, 3
248. Sed ante diem invito ſolvi nihil vetat t. 16, 2. t. 30, 3
249. Alius quoque pro alio ſolvere poteſt invito t. 30, 3
250. Acceptilatio inutilis jure tamen pacti valet 5
251. Litis conteſtatio recte novatio dicitur 9
252. E duobus reis ſtipulandi alter in alterius præjudicium novationem facere poteſt t 17, 2
253. Confuſione tam naturalis quam civilis obligatio tollitur t. 30, 11
254. Sola oblatio debiti non habetur loco ſolutionis 14
255. Actio civilis & criminalis de iisdem delictis non cumulantur, ſed electa una, conſumitur altera L IV. t. 1, 1
256. Furtum jure naturali recte prohibitum dicitur 4
257. Fur non eſt, qui vitæ, forſitan & pecudis ſervandæ cauſa, rem alienam aufert, ſed reſtituendo quod accepit defungitur 3
258. Rei modicæ furtum quidem fit, non tamen ut criminaliter agatur 8
259. Pœna furti capitalis juſto gravior eſſe videtur ibid.
260. Condictio furtiva datur adverſus heredem in ſolidum 17
261 Eandem non eſſe e delicto actionem t. 12, 6
262. Actio de vi bonorum raptorum non eſt levior actione furti t. 2, 1
263. Ob vim a bonis avertendam non licet hominem interficere, pecudem licet t. 3, 2
264. Judicia legis Aquiliæ & legis Corneliæ ſe invicem non conſumunt 5
265. De levi injuria non debet neque poteſt agi criminaliter 7
266. Communicatione panis dominici in Eccleſia non amittitur actio injuriarum 8
267. Actio realis injuriæ perpetua, non annalis eſt 9
268. Annus injuriæ verbali præſcriptus eſt utilis, non continuus ibid.
269. Ex quaſi-delicto filiifamilias pater non tenetur de peculio t. 5, 3
270. Definitio actionis, quæ eſt in *pr. tit. Inſt. de Action.* convenit etiam in rem actioni t. 6, 3
271. Unus caſus, quo poſſeſſor agit, non eſt quærendus extra *§. 2. d. t.* 6
272. Prætoriæ in rem actiones, quæ referuntur in §. 3. *& ſq. d. tit.* vere in rem non ſunt, excepta hypothecaria 7
273. Vero domino Publiciana actio non datur ib.
274. Contra titulo poſſidentem non datur actio Publiciana ibid.
275. Mercaturæ cauſa abſentes reſtitui poſſe videntur, quaſi reipublicæ cauſa abſentes 8
276. Conſtitutum eſt contractus 13
277. Imo non eſt contractus ibid.
278. Jusjurandum non novatio 15
279. Præjudiciales actiones nec in rem, nec in perſonam ſunt 17
280. Non dantur actiones a parte rei pœnales & altera parte rei perſecutoriæ 20
281. Non dantur actiones mixtæ in rem & in perſonam 22
282. Imo dantur actiones ita mixtæ ib.
283. Dolus dans cauſam contractui bonæ fidei reddit eum ipſo jure nullum 31
284. Cum res deperdita vel deterior facta venit æſtimanda, in contractibus bonæ fidei ſpectatur tempus rei judicatæ, in ſtrictis tempus litis conteſtatæ ibid.
285. In ſtrictis judiciis uſuræ non debentur, niſi ex ſtipulatione ibid.
286. Pacta incontinenti adjecta ſtricti juris contractibus actionem inde non producunt ib.
287. Plures actiones pœnales ſe mutuo conſumunt, ubi rem eandem ſpectant 40 ſqq.
288. Rei perſecutoria & pœnalis actio ſe mutuo conſumunt 44
289. Rei perſecutoria & mixta ſuper eadem re, ſe invicem non penitus conſumunt 43
290. Inſtitores & quicunque rebus alienis præpoſiti ſunt, officio finito non videntur teneri t. 7, 5
291. Actio Tributoria non datur ad petendam diviſionem mercium peculiarium 6
292. Actio de peculio non datur de peculio adventitio 7
293. Actio de in rem verſo datur, etſi non duret verſum 8 fin.
294. Filiusfamilias mutuam pecuniam accipiens & naturaliter & civiliter obligatur 10
295. Idem non poteſt renunciare Senatusconſulto Macedoniano 11
296. Nulla actio ex delicto, licet rei perſecutoria, datur in heredem t. 12, 6
297. Actiones e contractu, etiam ubi de dolo agitur, adverſus heredem dantur 6 fin.
298. Exceptiones quæcunque rem feriunt, quavis parte judicii opponi poſſunt 4
299. Exceptionis exceptio non datur, & eſt inventum πραγματικῆς forenſis ib.
300. Interdicta non dantur ex jure aliquo in re conſtituto, nec unquam in rem actiones ſunt t. 15, 2
301. Interdictum uti poſſidetis non datur heredibus 8
302. Interdictum uti poſſidetis etiam de ſervitutibus dari videtur ibid.
303. Interdictum unde vi datur etiam heredibus 12
304. Judex, cui aliter de facto conſtat, quam ex actis & probatis liqueat, neque ſecundum ſuam unius ſcientiam, neque ex actis judicare poteſt t. 17, 3
305. Pœna perduellionis ad liberos inique videtur extendi, eo tamen publicatio bonorum patris delinquentis non pertinet t. 18, 4
306. Adulterium a conjugato cum virgine viduave non committitur 5
307. Polygamia in viro non eſt adulterium, in muliere ſecus ibid.
308. In ſponſam quoque alterius committitur adulterium ibidem.
309. Pœna adulterii lege Julia non fuit capitalis 6
310. Qui hominem ſica vel gladio in rixa occidit, non eſt eximendus ordinaria legis Corneliæ pœna 8
311. Uti nec is, qui alium pro alio interfecit ibid.

PRÆLE-

Digitized by Google

PRÆLECTIONUM
SIVE
EXPOSITIONUM
JURIS JUSTINIANÆI,
PARS PRIMA,
Exhibens Inſtitutiones Imperiales.

Ratio Inſtituti præſentis. Studium Juris Theoreticum vel Practicum. Hiſtoria Librorum Juris. Auctoritas Librorum adverſus ſe invicem. An dentur Antinomiæ. De methodo juris diſcendi, obiter. Adſcritur fides Imp. quod nihil his libris obſoleti contineatur. Quo ſenſu Inſtitutiones ſint totius Juris elementa. Rurſus aliquid de methodo. Summa proœmii Inſtitutionum.

CONſtitui, in gratiam Auditorum meorum, ſcientiam Juris Romani meis verbis, ex *οἰκείοις*, hoc eſt, *ſuis* principiis, breviter & perſpicue complecti; hoc ordine, ut primo *Inſtitutionem* Cæſaris ſuccincte exprimam; dein & *Pandectas* ita perſequar, ut nihil in Inſtitutionibus dictum repetatur; Quo ita corpus æquabile fundamentorum Juris methodo Juſtiniani, quam mutare religio eſt, exhibeatur. Hac via duas res affecto: Primo, ut hi, quos conditio fortunæ feſtinare jubet, eam Juris facultatem brevi, at nervoſo labore adipiſcantur, quæ ad applicationem judiciorum valide ſufficiat; dein, ut cæteri, quibus altior mens, in tempore, omiſſis ſyſtematum magiſtris, ipſos artis fontes adeant, totumque Juris Corpus & animam, quæ non niſi pariter ſe communicant, quærere velint. Puto enim, male eos ſibi conſulere, qui hoc inſtitutum legendi veteres totos & ſolos aggrediuntur, antequam ſyſtematicæ doctrinæ expromptam memoriam acquiſiverint. Dixi alias de hac via copioſius, in *dial. de rat. diſ. & doc. jur. ſubj. Digreſſ. Juſtin.* Præſentem laborem ſic attemperabimus, ut fere nihil ſit aliud quam expoſitio poſitionum Juris, *ad Inſtitutiones & ad Pandectas*, quibus in auditorio privato jam pridem uti cœpimus. Ergo nunc ordine rem cernamus, exemplo noſtri Principis: IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

2. (a) Haud abſurde Budæus *ad l. 1. ff. de Juſt. & Jur.* ſententias juris ait tradi per *axiomata* vel per *poſitiones*, vocabulis ex uſu, ni fallor, mathematicorum deſumptis. Nam axiomata nihil ſunt aliud, quam enunciationes nullius indigæ demonſtrationis; cujusmodi Plutarchus *in vita Demetrii*, ſcribit eſſe poſtulatum *Principum*, qui imperiis Legum præſidio parum firmatis præſunt, *ut Fratres* ſuos *liceat occidere*. Nos ratione meliori in hujusmodi axiomatum loco habemus

(a) *Poſ. 1. 2.*

Præcepta Juris, *honeſte vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere, nemini jus ſuum auferendum, ne quis re ſua male utatur, & ſimilia.*

3. (b) Poſitiones videntur eſſe regulæ fundamentales Artis, certæ quidem & validæ, ſed altioris indaginis & explicationis, veluti definitiones, partitiones & concluſiones inde collectæ. In eo ſenſu, poſitionis vocabulo utitur Juſtinianus, eamque *theſin* interpretatur Theoph. *in §. ult. Inſt. de Juſt. & Jure*; quando Juris ajunt duas eſſe poſitiones, *Publicum & Privatum*: nempe hæ ſpecies, quæ collocantur ut fundamenta detegendi & evolvendi materiam diſciplinæ, eleganter *poſitiones* appellantur; atque ejusmodi poſitionibus ars tota comprehendi poteſt, quemadmodum a nobis jam pridem inſtitutum eſt.

4. (c) Compertum nobis erat, eaque ſententia uſu quotidiano magis magisque nobis ſedet, hanc rationem collocandi breves & claras poſitiones Artem totam exhibentes, tam docentibus quam diſcentibus eſſe commodiſſimam, quatenus & ſolidam expoſitionis copiam præbent Doctoribus, & facile a diſcipulis memoriæ mandantur, atque anguſtioribus ingeniis, quæ magnos rationum diſcurſus non capiunt, intellectum Artis ſine ambage ſuppeditant, validioribus occaſionem e paucis multa percipiendi deducendique præſtant efficacem. Non poſſunt equidem rerum omnium rationes hac via declarari; tamen id actum a nobis, ut ſententiæ Juris ejusmodi nexu cohærerent, quo non tantum τὸ ὅτι, ſed etiam τὸ διότι, cauſæ quoque rerum vel obſervari, vel facile monſtrari poſſent.

5. (d) Non deſunt clari homines, qui ſpecimina hujusmodi poſitionum, ſed diverſo, quam Juſtinianus, ordine dederint: Vultejus, Althuſius, Vinnius *in ſuis Partitionibus*, alii aliis titulis, quanquam in Academiis non pervicerunt, ut eorum methodus Cæſareæ præferretur; non ſine gravi cauſa: Nam etſi fatendum eſt, ordinem Juſtinianæum in Pandectis potiſſimum, non eſſe talem, quin melior & Artis profeſſione dignior inſtitui poſſet, tamen qui operam ludere nolunt, hi primo ſtatim aditu librorum Juris ut ſiti ſunt, compendium animo condere debent; nam, ſi primo ſyſtematicos novos ediſcant, dein libros Juſtinianæos tractare cœperint, hæc methodi diverſitas fieri non poteſt, quin confuſionem memoriæ neque minus judicii pariat.

6. (e) Conſtitutum nobis eſt, ut modo diximus, collocare fundamenta Juris univerſi, primo, quod eſt in Inſtitutionibus totum, dein quod in Pandectis occurret diverſum a poſitionibus Inſtitutionum, cujus rei in principio *Pandectarum* ratio exactior erit reddenda. Profitemur univerſi juris notitiam, non modo quod etiamnum obtinet, ſed etiam quod deſuetudine inumbratum eſt; quatenus illud ſine hujus ſummaria intelligentia minus recte percipi poteſt. Nam hactenus discriminis ratio nobis conſtat, quod iis, quæ juris antiquati ſunt, minus prolixe immorandum putamus, eaque tantum ὡς ἐν παρόδῳ atque *in tranſitu* conſideramus, admonitis de uſu diverſo temporum auditoribus; Etiam de illis, quæ in capitibus, quorum uſus adhuc in ipſis rerum argumentis obtinet, aliter a pragmaticis ſcriptoribus, inque foro, quam incorrupta juris monumenta ferunt, accipiuntur. De Praxi univerſa loquimur, non de moribus ſingularium locorum, de quibus agendi finis non eſſet. *Friſiæ* tamen inſtituta diſcrepantia a Jure Romano quandoque commemorabimus, cum quia pauca ſunt, tum quod eadem, quæ heic a jure Cæſaris abeunt, ubique fere per *Europam*, quæ Romanas leges agnoſcit, haud diſpari modo ſe habent.

7. (f) Non pollicemur inſtitutionem Controverſiarum, ſed fundamenta cauſasque juris certi, & tamen, quia optimum factu eſt, diſputandi argumenta, ſive defendas ſive quid oppugnare velis, ex originibus rationibusque Juris certi petere, ut in quotidianis exercitationibus demonſtrare non deſinimus, operam quoque dedimus, ut hæ poſitiones ita conciperentur, quo ſemina quæſtionum ſeu controverſiarum deciſionumque ſic iis ineſſent, ut facile detegi atque produci queant, adeoque nulla facile celebrior occurrat diſputatio, quæ non heic breviter valideque collocata ſit. Obſervationes equidem hiſtoricas humaniorumque literarum, non capiebat hujus inſtituti modus, ideoque eas in Digreſſionum opus ſolum pridem ſecrevimus. Ipſam inſtitutionem a propriis ſuis principiis educi oportere credidimus; non omiſſis tamen ex hiſtoria vetere, Philoſophia morali, ſubinde quoque e Philologia, quæ ad intellectum Artis requiri videbantur.

8. (g) Jurisprudentia ſine dubio Practica diſciplina eſt; nec tamen abſurde ſtudium ejus Theoreticum vel Practicum dixeris; quorum illud in ſcholis, hoc in foro tractatur: illud in cognitione, hoc in applicatione conſiſtit. Jus novit, qui

(b) *Poſ. 3. & 4.* (c) *Poſ. 5.* (d) *Poſ. 6. 7.* (e) *Poſ. 8.* (f) *Poſ. 9.* (g) *Poſ. 10. 11. 12. ad proœm.*

ſcit

Digitized by Google

ſcit leges earumque quæſtiones,rationes & conciliationes, *l. 17. & ſeqq. de LL.* Applicat jus, qui de ſingulis facti ſpeciebus, quid ex legibus ſtatuendum ſit,judicat. Cognitio ex libris a Juſtiniano editis petenda eſt. Hic enim, quod Cæſar Dictator agitavit de jure civili,teſte Sueton. *in ej.vit. c. 44.* quod Hadrianus perfecit in Prætorio,feliciter abſolvit in utroque, ut ex immenſa multiplicis Juris mole pauca & probatiſſima ſeligeret, eaque in certos conferret libros, qui hodie quatuor extant: *Inſtitutiones,Pandectæ, Codex,* & *Novellæ.* His jungenda *Statutorum,*quæ in ſua cujusque patria ſunt, notitia, magis in foro quam in Schola; nec tamen ea cognitio non facit partem Theoriæ potius quam Studii practici: noſſe Leges non poteſt non eſſe theoreticum, ut diximus: applicationem ad omnigenas facti ſpecies, quæ praxeos eſt, hic perinde uſu venire, manifeſtum eſt: Nec enim, quia diſcrepat ab Arte Juſtiniani, idcirco notitia Juris hodierni magis quam Antiqui Juris ſtudium, a juſti injuſtique ſcientia ſeparanda erat.

9. (h) Omnium primo Juſtinianus, altero Imperii ſui anno, æræ Chriſtianæ 528. componi juſſit Codicem antiquum, in quo collectæ fuerunt Conſtitutiones Principum, qui ab Hadriano ad ſua tempora floruerant. Hic anno ſequenti eſt editus. Mox anno 530. compilari juſſit *Pandectas,* quæ ſunt excerpta e commentariis Juriſconſultorum, qui præcipue ſub Antoninis Cæſaribus ſcripſerunt. Editæ ſunt anno 532. die XVIII. Xbr. cum paucis ante diebus eſſent promulgatæ Inſtitutiones,ut liquet e ſubſcript. *Proœm. Inſt. & ſubſcr. l. 2. C. de Vet. Jur. enucl.* Compoſitæ tamen ſunt Inſtitutiones poſt Codicem & Pandectas, ut idem ſcribit in *§. 2. & 3. Proœm. Inſt.* Dein Codicem recognovit multisque locis emendatum & auctum dici voluit *Codicem repetitæ prælectionis;* qui exiit anno 534. Exinde prior Codex neglectus periit, & hoc repetito utimur. Poſtremus omnium liber *Novellarum* prodiit, in quo multa reliquorum librorum mutata videmus.

10. (i) Nam ſciendum eſt, leges libroſque poſteriores derogare prioribus, *l. ult. D. de Conſtitut. Princip.* Unde & Codex Pandectis prævalet in his,quibus diſſentiunt. Nam Conſtitutiones Imperatorum recentiores ſunt Juriſconſultorum commentariis,& tempore pleræque & genere doctrinæ; Unde & Jus Pandectarum paſſim vetus & antiquum appellatur, *d. §. 2. Proœm. Inſt. §. 1. de confirm. Digeſt.* Quin & illa,quæ ex veteri Codice ſunt tranſcripta & ante Pandectas promulgata, ſæpe tamen his derogant. Exemplo ſint tituli Codicis de *bonis maternis*, de *bonis quæ liberis;* nam bonorum maternorum atque adventitiorum proprietas, in *illis titulis* addicitur liberis,qui in poteſtate Patrum ſunt, quæ in Pandectis pleno jure Parentum erant, *l. placet. 79. ff. de Acquir. hered.* confer *l. 12. C. de Sentent.* cum *l. 48. D. de re judic.* ubi, olim ſententiæ tantum latine, hodie quoque græce proferri poſſunt. Item *l. 1. §. 18. & 19. D. de collat.* cum *l. ult. C. eod.* ubi, olim adventitia bona conferebantur, hodie non conferuntur. Leges iſtæ e Codice allegatæ;ſunt e Codice antiquo ſumptæ, ut e ſubſcriptionibus apparet, & tamen continent Jus recentius Pandectis. Factum id Compilatorum incuria, dum quæpridem per Conſtitutiones erant abolita, Pandectis inſeruerunt. Plura dicentur hac de re *ad tit. ff. de orig. Jur.* Quin & Inſtitutiones mutant Pandectas, quoties palam eſt,jus novum in illis memorari; at cum ſimpliciter, ut plerumque fit, e veteribus libris deſcribuntur, ſi qua tum ſit a Pandectis diſcrepantia, fatendum eſt, hanc eſſe contrarietatem: Niſi dicere malis, Inſtitutiones, quatenus e Pandectis ſunt deſumptæ, his cedere debere, tanquam auctoritatibus ſive *authenticis* ſuis, extra quam, ſi manifeſtus eſt Cæſar abrogationis; tum, inquam, *Pandectæ potius prævalebunt.* Qui in Germania poſitiones noſtras edidit, *cum ſcholiis ſuis, D. Chriſtianus Thomaſius,* modeſtia doctrinaque ſua meruit, ut eas heic inſereremus, additis, ubi res poſtulat, reſponſionibus noſtris. Is ad hæc ultima verba ſic notat;

SCHOLIUM.

Caſum vellem adduxiſſet Autor. Forte reſpexit ad §. eum ex aliena. Inſt. de R. D. & l. 7. §. 7. de A. R. D. neque ſic tamen dixerim, Pandectas prævalere; ſed potius Inſtitutiones heic erunt ex Pandectis ſupplendæ. Ergo ego potius dicerem, ſemper Inſtitutiones tanquam poſteriores derogare Pandectis, modo de contradictione conſtet.

RESPONSIO.

Ratio prius reddenda fuerit dicti noſtri, quæ hæc eſt, quod Inſtitutiones ſint compendium ex latioribus Digeſtorum libris & ex Codice deſumptum; quod ubi ſimpliciter ſine ullo mutationis inſtituto ſit, res vult, ut authentico major ſit fides quam exemplari, & diſcrepantia tunc ab errore contrahentium eſſe videatur, arg. l. 2. de fid. In-

(h) *Poſit. 14.* (i) *Poſ. 15. 16. 17.*

ſtrum. l. 3. C. de diverſ. reſcr. & pragm. ſanct. *Exemplum ſatis idoneum in* ſcholio *allegatum eſt; nam excuſſio frumenti ex alienis ſpicis ponitur ut caſus ſpecificationis* in §. 25. Inſt. de R. D. *negatur eſſe ſpecificatio in* l. 7. §. 7. de A. R. D. *quæ ſunt contrariæ poſitiones. Alia vid. apud A. Matth. coll.* Inſt. 2. diſp. 1. th. 2. *Id facile concedimus, cauſam, qua Pandectæ præferuntur Inſtitutionibus, hanc eſſe, quod pleræque res in illis plenius & accuratius tractantur & explicantur; ut ſententia ſcholii & noſtræ poſitionis hoc modo a conciliatione non abhorreant.*

N. ADDIT.

Bonum factum, bonum omen. Prima reſponſio Autoris conciliationem intendit, non pugnam. Nec repugno. Si enim expoſitionem mentis ſuæ Autor in poſitionibus, imo in ipſis prælectionibus, (uſus enim tum fui editione prælectionum ad Inſtituta, quæ prodiit anno 1678. in qua plane nihil de hac quæſtione extat) tam perſpicuam feciſſet, ut hoc loco, etiam mihi Scholion ſuperfluum fuiſſet viſum. In mea vero theſi reſpexi potiſſimum ad exemplum, quod eſt in §. ſi quis in aliena. 34. de R. D. *junct.* l. in rem. 23. §. ſed & id quod. ff. de R. V. *& ſimilia, ut tum v. g. quis non putet, Pauli locum prævalere Inſtitutionibus, aut textus digeſtorum, ut eos cum Inſtitutionibus conciliet, torqueat contra leges bonæ Interpretationis, uti etiam illi textui Paulino a non paucis factum.*

11. (k) Antinomias autem, hoc eſt, leges contrarias, negat Imperator extare in ſuis libris, utique iiſdem, *l. 1. §. 8. l. 2. in princip. C. de Vet. jur. enucl.* & e re foret jurisprudentiæ, credi nullas dari; vix tamen eſt, quin aliquæ, licet paucæ, relictæ videantur, quibus nullum ingenium ſufficiat conciliandis. Ipſe etiam Cæſar hac parte ſibi diffidere videtur *in l. 1. §. 4. l. 2. §. 14. & 16. & l. 3. §. 15. eod. tit.* Eligamus igitur ἀριςοτελικῶς mediam ſententiam, nec multas *dari*, *nec nullas:* Non *nullas*, ne τῶν ἀδυνάτων ἐρᾷν, *impoſſibilia* conari videamur; *nec multas*, ne Artem & fidem Cæſaris proſtituamus, monitumque ejus, quo ſubtili mente differentias cauſarum indagemus, potius diligenter cuſtodiamus.

12. Ex his libris petenda civilis ſcientia. De methodo ſi quis roget, initium haud dubie ab Inſtitutionibus faciendum; in quo felices prædicantur Juris Studioſi, quod prima legum cunabula ab Imperiali ſplendore percipiant, *§. 3. d. proœm.* & habent hoc præ auditoribus aliarum artium, qui omnes novitiis inſtitutionum manualibus utuntur; Noſtrarum idem eſt Autor, qui univerſæ diſciplinæ; quod magni refert, fonti quam rivis primo eſſe imbutum. Methodus alioquin eſt optima ſine dubio, quæ ſimpliciſſima; & eſt ſimpliciſſima, quæ ordinem ab juris conditoribus ſervatum boni conſulere quam aliis inſueſcere mavult.

13. (l) Sunt Juriſconſulti, quibus pulchrum videtur, nævos Artis, ſi qui ſint, in lucem protrahere; quos & heic objicientes videas Imperatori, quod falſo prædicet, nihil inutile aut obſoletum in Inſtitutionibus contineri, *§. 3. d. proœm.* multaque ut antiquata ex iis colligunt; ſed nullo merito; aut enim diu poſt editas Inſtitutiones ea ſunt abrogata, ut quæ de ſucceſſione ab inteſtato referuntur in *lib. 3.*, aut præmittuntur ὡς ἐν προθεωρίᾳ, ſicut loquitur *Theoph.* ut illuſtretur jus novum, quod ſæpe aliter intelligi nequit, ut exemplo fideicommiſſorum hiſtoriæ liquet, in *tit. de fideicommiſſ. hered.* idque aperte Juſtinianus profitetur *§. 5. d. proœm. Diſſ.* A. Matth. *diſp. 2. fundam. jur.* Wiſſenbach. *ad hoc proœm. th. 6.*

14. (m) Quod autem Inſtitutiones *totius legitimæ ſcientiæ prima elementa* dicuntur *§. 4. d. proœm.* id de pleriſque ſcitu maxime neceſſariis, non de omnibus Juris capitibus intelligendum, ut ex collatione Pandectarum & Codicis liquet: Quin & in Inſtitutionibus reperiuntur, quæ neque in Codice nec in Pandectis extant, ut de inventione Codicillorum, *pr. Inſt. de codicill.* de tribus generibus teſtamentorum, *§. 1. de teſtam. ordin.* catalogus actionum bonæ fidei, aliaque pauca, de quibus Cujac. *l. 11. obſerv. 36.*

15. Quæ præterea in ſuo Proœmio Juſtinianus præfatur, illic legi poſſunt. Summaria ſunt hæc;

16. Primo, theſis collocatur hæc; in Principe requiritur, ut ſit ἀμφότερον, βασιλεὺς ἀγαθὸς, κρατερός τ' αἰχμητής. Prudentia duplex, belli & pacis, *in pr.*

17. Hanc Juſtinianus præſtitit, devictis barbaris atque editis legum libris, *§. 1.*

18. Hi ſunt, Codex antiquus primo, deinde Pandectæ, *§. 2.*

19. Tertio Inſtitutiones, *§. 3.* in quatuor libros diviſæ, *§. 4.* & compendium juris antiqui novique exhibent, *§. 5.*

20. Neque tantum præbent ſcholaſticæ inſtitutionis uſum, ſed & legum vim plenam obtinent in foro, *§. 6.*

21. Subjicitur adhortatio ad ſtudium juris alacre, ſpe præmiorum amplisſima.

(k) *Poſ. 18.* (l) *Poſ. 19.* (m) *Poſ. 20.*

Digitized by Google

Tit. I.

De Juſtitia & Jure.

Methodi ratio. Definitio Juſtitiæ explicata. Diviſio Juſtitiæ ſecundum diverſitatem juris tribuendi. Vulgata diviſio in univerſalem & particularem examinatur. Juriſprudentia finitur & definitio explicatur. Item jus, quot modis potiſſimum accipiatur. Ratio docendi juris in Principio. De tribus Juris Præceptis. Diviſio Juris; In naturale & poſitivum &c. In Publicum & Privatum. Quare hæc diviſio præcedat eam, quæ eſt in tit. ſeq.

(a) CUm Jus ex Juſtitiæ fonte manaverit, eademque ſit finis juris ſupremus, tam *intra* Artem, ut ſecundum eam leges condantur, quam *extra* illam, ut cives ad juſtitiæ regulam actiones ſuas inſtituant; ordine facit Juſtinianus, quod eam primo loco finivit. Ita enim in diſciplinis, quas appellamus Practicas, fieri ſolere accepimus, ut a fine ad media progrediamur, ſicut in Ethicis primo de ſummo bono, tum de virtutibus, quibus illud adſequamur, agi videmus; hanc methodum vocant *analyticam*. In aliis artibus a ſimplicibus ad compoſita procedimus, ut in grammatica primo de literis, a literis ad ſyllabas procedimus, a ſyllabis ad integra vocabula eorumque etymologiam, exinde ad compoſitionem periodi integræ pergunt Magiſtri. In phyſicis inde a primis rerum initiis ad mixta corpora, tandemque ad univerſum mundum; hæc eſt, ſicut ajunt, methodus *ſynthetica*.

2. *Juſtitia*, inquit Juſtinianus, *eſt conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi, pr. h. t.* Voluntatem recte capies in ſenſu populari, pro conſilio & propoſito. Communiter metonymice pro voluntatis habitu accipitur; Sed quid opus tropo, vel lite, cum Philoſophorum illis, qui virtutis ſedem in appetitu, non in voluntate collocant, ut diſputat quaſi & contra nos Picolomin. *gr. Philoſoph. 4. cap. 12. Conſtans & perpetua* dicitur ex mente Veterum Philoſophorum, qui ſapientem ἀναμάρτητον, peccati expertem volebant. Etiam Cicero *1. de Legib.* virtutem appellat conſtantem & perpetuam rationem vitæ, nec aliter Ariſtoteles *ad Nicom. 3. & 4.* Nos, qui ſcimus, juſtum cadere ſepties, non male ſenſu Chriſtiano dicemus, Juſtitiam ita finiri generaliter, qualis eſſe debet, non cujuſmodi in ſingulis hominibus eſſe ſolet; vel dic, conſtantiam affectu, non effectu, ſemper in ſapiente reperiri, Juſtus aberrans *ἀδικεῖ μὲν, ἄδικος δὲ οὐκ ἐστὶ*, agit quidem injuſte, at injuſtus non eſt, Ariſt. 5. *Nicom.* 6. Quid *conſtans & perpetua* differant, *vid. l. 1. Digreſſ. c. 7.*

3. (b) *Jus*, quod Juſtitia cuique tribuit, eſt duplex; Unum, quod plene & perfecte nobis competit; veluti quod in dominio & in credito eſt, nec non pœnæ delictorum; alterum, quod imperfecte & probabiliter ad nos pertinet; veluti præmia ad bene merentes, honos ad digniores, ſtipes pauperum. Prior ſpecies, quæ ad hanc artem præcipue pertinet, dicatur *Expletrix*, altera ſit *Attributrix* Juſtitia. Grotius hos terminos invenit, opinor, *lib. 1. de Jur. Bell. & Pac. c. 1. §. 8.* tametſi doctrina eſt veterum. Nam Cicero nihil aliud voluit, quando Juſtitiam eſſe dixit, quæ cuique jus ſuum & dignitatem tribuit, *2. de Invent. & 3. ad Herenn. a pr.* Per jus intelligit facultatem perfectam aliquid habendi agendique; Per dignitatem ea, quæ ſe quiſque probabiliter mereri putat, exigere tamen non poteſt, qualia & Ariſtoteles ad *ἀξίαν* refert, *5. ad Nicom. 1. & 2.*

4. Neſcio, an per hanc diviſionem carere liceat diſtinctione Ariſtotelica Juſtitiæ in univerſalem & particularem; quæ ſane diviſionis proprietatem tueri non poteſt; Etenim univerſalem Philoſophus *5. ad Nicom. 1.* ait eſſe *ὅλην τὴν ἀρετὴν*, *virtutem in genere*, vel ſaltem exercitium virtutis univerſæ, *τελείας ἀρετῆς χρῆσιν*: particularem, quæ cohibet *τὴν πλεονεξίαν*, id eſt, cupiditatem habendi plus quam ad ſe pertineat. Non poteſt eſſe diviſio, cujus una ſpecies ſub ſe continet alteram. Sed hac partitione in *Expletricem* & *Attributricem* bene planeque expoſita, videbimus equidem, pleraſque virtutes in Juſtitia exerceri & in pleriſque coerceri *πλεονεξίαν*, modo hoc vitium non ſpectet duntaxat *τὴν ἡδονὴν τοῦ κέρδους*, *lucrum pecuniarium*, ut vult Ariſtoteles, ſed omnem malam cupiditatem, quæ alterum in qualibet re quovis modo lædit. Simul evaneſcere videtur diſtinctio commutativæ ac diſtributivæ Juſtitiæ, proportioniſque Arithmeticæ & Geometricæ. Non quod illa falſa aut inutilia ſint, verum

(a) *Poſ. 1, 2, 3.* (b) *Poſ. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11.*

quod hæc diviſio clarior & ſimplicior, & efficacior ad docendum videatur. Tu vide ſis poſitiones *ad ff. h. th. 4. & ſeq. &c.*

5. (c) Juriſprudentia, quæ a Juſtitia oritur, eoque tendit, eſt *divinarum atque humanarum rerum notitia, juſti atque injuſti ſcientia, §. 1. h. t.* Res divinæ & humanæ non omnes, nec abſolute huc referuntur, ſed verba *juſti* & *injuſti*, cum prioribus jungenda ſunt, ut intelligas, *quatenus* in illis quæritur de juſto & injuſto; veluti, an res ſacræ, ſanctæ, religioſæ poſſint alienari; quid juris habeat Eccleſia in Republica; an hæreticos punire liceat, & ſimilia. Hoc modo intelligimus, etſi hic definitiones duæ cumulari videantur, eſſe tamen unam eandemque definitionem, quæ genere differentiaque ſua conſtat, ita ut genus ſit, *divinarum atque humanarum rerum notitia*; differentia in his verbis, *juſti atque injuſti ſcientia*, intelligatur.

6. Videmus, Juriſprudentiam ſæpe Jus dici, ut hac *Rubrica, junct. §. 1. & 3.* Proinde nota ſis, Juris vocabulum pluribus modis dici. 1. Significat qualitatem moralem aliquid juſte habendi aut agendi: Ita *jus* modo collocatum eſt in definitione Juſtitiæ. 2. Significat id, quod æquum & bonum eſt, *l. pen. D. de Juſtit.* Idem eſt quod Lex latiſſime ſumpta, quæ eſt Regula actuum moralium obligans ad id quod rectum eſt, Grot. *d. cap. 1. §. 9.* 4. Denotat Artem boni & æqui, hoc eſt diſciplinam, quæ dat præcepta ſervandæ juſtitiæ. Hoc ſenſu coincidit Jus cum Juriſprudentia; Proinde & hæc eſt *Ars boni & æqui, l. 1. in pr. D. de Juſtit.*

7. (d) Inſtitutionibus ediſcendis Imp. vix ultra ſemeſtre tribuit, *§. 2. proœm. Dig.* in quibus vulgo proram & puppim ſtudiorum collocant. Id dubio procul eſt, primo levi & ſimplici via, tum ad difficiliora progrediendum, *§. 2. Inſt. de J. & J.* Proinde qui tyrones prolixis *ἀναγωγαῖς* & antimoniis diſtrahunt, male de iis merentur, nec ſuaſerim Titulis de Verborum ſignificatione & de regulis Juris initio memoriam onerari; quia conciſi textus ignaris terminorum juris cum fructu vix leguntur, ſed optime ſingulis Artis capitibus applicantur. Cæterum, prima Inſtitutionum lectione fundamenta Juris exacte ponenda, omiſſis diſputationibus, quæ ſecundis curis modice diſcutiantur, non conquiſitis pro & contra, ut ajunt, ratiunculis, aut legum ἐναντιοφανίαις, quo nihil inutilius; ſed quæ ex ipſis erutæ principiis, fundamenta Artis ſtabiliant & illuſtrent. Ea quidem præſentis noſtri conatus erit ratio: *τῶν μὲν βαθυτέρων ἀπεχόμενοι ζητημάτων: τῶν δὲ ἁπλουστέρων συμμέτρως ςομαζόμενοι*, ut ait Prophyr. *εἰσαγ. princ. Altioribus quidem abſtinendo quæſtionibus, ſimpliciora vero convenienter exequendo.* Sic tamen, ut paſſim, non τὸ ὅτι tradere contenti, etiam τὸ διότι cauſasque rerum indagare ſtudeamus.

8. (c) Præcepta Juris tria collocantur in *§. 3. h. t.* Scilicet, *honeſte vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere.* Primum non modo eſt regula vitæ, ſed etiam indicat propoſitum Juris Conditorum, quod nihil in Arte bonis moribus adverſum tradere velint. Unde rerum inhoneſtarum nulla obligatio, nulla facultas, *l. 57. π. Pro ſocio. l. 126. cum ll. ſeq. de V. O.* Pulchre Papinianus, *Quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & ut generaliter dicam, contra bonos mores fiunt, nec facere nos poſſe credendum eſt, l. 15. de Condit. Inſt.* Reliqua duo exprimunt officium hominis juſti, & ſi rem expendas, ferme eodem redeunt. Tullius pari modo loquitur in *lib. 2. off. c. 31.* Fundamentum juſtitiæ primum eſt, ne cui noceatur, Item *tueri homines, l. 1. c. 157.* Rurſus, *non violare homines, l. 2. c. 99.* An autem ars noſtra hæc præcepta ubique præſtet atque cuſtodiat, alia & prolixa quæſtio fuerit, quam heic pluribus exequi nihil attinet; quando & capita juris, de quibus hoc problema ventilatur, hæc initia diſcentibus adhuc incognita ſunt. Proinde ſuis quæque locis, ubi res feret, examinentur. Tu vide ſis *Part. 2. Digreſſ. lib. 1. cap. 2. & ſeqq.*

9. (f) Sequuntur ſpecies Juris, quas Imperator *poſitiones* vocat, *§. ult. h. t.* & primo quidem duas ponit, Publicum jus & Privatum. Etſi contentus eſſe poterat Juris ſtudioſus, intelligere partitiones Juſtiniani, tamen ut melius impleat officium Artis, quæ res divinas & humanas profitetur, haud ab re erit, diviſiones Juris altius paulo repetere, fere ſicut in ſcholis uſurpantur. In ſumma jus eſt *Naturale* vel *Poſitivum*; illud, quod cum hominibus natum: hoc, quod inter homines *poſitum* & conſtitutum eſt, aliter *voluntarium.* De naturali agetur in *tit. ſeq.* Poſitivum, ſive voluntarium eſt, vel divinum vel humanum. Prius, quod a voluntate divina originem habet.

(c) *Poſ. 13. 14. 15.* (d) *Poſ. 16. 17.* (c) *Poſ. 18. 19.* (f) *Poſ. 20. 21. 22. 23. 24. 25.*

Eſt-

Eſtque vetus aut novum. Vetus Hebræis per Moſen a Deo præſcriptum fuit. Novum habemus ex ore Chriſti & Apoſtolorum; nam & hi in nomine & ſpiritu Domini ſui juris auctores cognoſcuntur; juxta Paulinum illud, τοῖς δὲ λοιποῖς ἐγὼ λέγω, οὐχ ὁ κύριος, *Reliquis ego, non Dominus edico, 1. Cor. 7. v. 12.* ſcilicet ea ratione, quam præfert *in fin. d. cap.* δοκῶ δὲ πνεῦμα Θεοῦ ἔχειν, *puto me ſpiritum Dei habere.*

SCHOLIUM.

Ad hæc verba; *vetus aut novum.* Ita & *Grotius lib. 1. c. 1. ſed novum Theologi noſtrates non agnoſcunt, quia Chriſtus non venit, ut legem tollat, ſed ut eam adimpleat. Mallem autem in diviſione legis divinæ ita procedere &c.* quæ heic referre nihil attinet.

RESPONSIO.

Credo, nullum eſſe momentum diſcriminis inter Theologos noſtrates & veſtrates. Nos vetus & novum jus eodem fere ſenſu intelligimus, quo teſtamentum vetus & novum, fœdus antiquum & novum; quod revera eſt idem; nec enim plura teſtamenta condidit Deus per Chriſtum, & fœdus gratiæ eſt idem cum Abrahamo, cum Moſe, cumque fidelibus poſt Chriſtum, etſi œconomiis diſtinctum, unde veteris novique diſcrimen. Quid? quod Dominus JESUS *ipſe* jura ſua *nova* laudat; ἐντολὴν καινὴν δίδωμι ὑμῖν, do vobis præceptum novum, Joh. 13. v. 34. Idem alibi, Audiviſtis dictum eſſe veteribus; ego vero dico vobis &c. Jus vetus *ipſe ſcholiaſtes in morale, forenſe & cærimoniale diſtinguit; horum duas ſpecies fatetur eſſe obſoletas, ergo jus Moſaicum* recte vetus *appellatur, cujus duæ partes ſunt abolitæ; cum juris Chriſti, quod in charitatis exercitio totum eſt, nulla pars obſoleverit. Tale vero novum jus, quod arctius obliget, quam lex antiqua moralis obligavit Hebræos, hodie non dari concedimus;* etſi Grotius *inde forſan non eſt alienus.*

N. ADDIT.

Par eſt, ut Autori reddatur, quam in reſponſione ad præcedens ſcholium exhibuit, humanitas. Scilicet hac ejus explicatione adhibita, nullum amplius inter me & ipſum eſſe diſſenſum. Præprimis cum circa diviſionem legum divinarum ſententiam meam tum temporis in dicto Scholio propoſitam jam mutaverim, vid. obſerv. ſelect. Halenſ. Tom. VI. obſerv. 27.

Porro jus vetus eſt vel morale vel cærimoniale; hoc typis Chriſti conſtabat, quos hic cruci adfixit, προσήλωσε τῷ σταυρῷ, ut Apoſtolus efficaci figura loquitur *ad Col. 2. v. 14.* cum enim hæ fuerint umbræ corporis Chriſti, per hujus ἀνάφανσιν & exiſtentiam corporalem, atque paſſionem, quam figurabant, evanuerunt.

SCHOLIUM.

Hic ſub voce moralis *Autor etiam forenſe includit, contra uſum conſuetum Theologorum.*

RESPONSIO.

Verum eſt, communiter jus Moſaicum in tres ſpecies diſtingui, morale, cærimoniale, politicum: qui termini cum ſint ἀδιέσποτοι, commenta ſcholæ, nulla religio fuit διχοτομεῖν, eademque ſententia duas facere ſpecies ſummas, morale & cærimoniale, politicum ſub morali comprehendentes, ut habet notiſſima locutio, qua non modo Ethicam, ſed etiam Politicam & Juriſprudentiam vocamus doctrinam moralem, *maxime cum id ita in omnibus aliis gentium legibus uſu veniat,* ut ex ſequentibus apparet.

N. ADDIT.

Nec hic eſt, quod contra Autorem pugnem, qui reſponſione ſua non habuiſſet opus, cum ſcholium meum non intenderit ejus cenſuram, ſed explicationem. Et notum eſt, quid ipſe de communi diviſione legis divinæ in moralem, cerimonialem & forenſem ſentiam, ex diſſert. de crim. bigamiæ & lib. 1. Inſtit. Juriſpr. divinæ.

Morale jus Moſaicum, eſt vel commune cum aliis gentibus, vel proprium Judæis, ſicut *omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur, ait Imperator in §. 1. tit. ſequ.* Communia moralia ſunt in decalogo, ſi quartum præceptum excipias. Propria ſunt politica & ad ſtatum Reipubl. Hebræorum inflexa. Communia ſunt perpetuæ obligationis, non quatenus ſunt leges propriæ; nam harum politica ratio & obligatio eſt; ſed quatenus eorum argumenta nobis hodieque conveniunt. Sabbathum excepimus, non quod infinitam diſputationem de religione Sabbathi noſtram faciamus; ſed quia palam eſt, illud præceptum non fuiſſe applicitum omnibus populis, ut reliqua præcepta. Loquatur Auguſtinus; *In illis igitur decem præceptis, excepta Sabbathi obſervatione, dicatur mihi, quid non ſit obſervandum a Chriſtiano? de Sp. & lit. c. 14.*

Ita divinum jus dividitur. Humanum eſt vel

gentium

Digitized by Google

gentium vel civile, de quibus ſpeciebus locus erit agendi *tit. ſeq.*

SCHOLIUM.

Hanc opinionem & Grotius lib. 1. c. 1. & D. Rachelius diſſert. peculiari de jure Gentium *defendit. Nos vero cum Dn. Puſendorffio jus Gentium pro ſpecie juris Naturæ agnoſcimus.*

RESPONSIO.

Egimus hac de re in lib. 5. Digreſſ. cap. 9. ubi in fine *dedimus exempla juris Gentium, quæ ad jus naturæ commode referri non poſſunt; ut res alibi judicatæ in alienis territoriis effectum habeant, ut contractus vel teſtamentum uno loco recte celebratum, alibi contra leges locorum, valeat, utilitas communis gentium introduxit, penitus tamen a jure naturali remotum eſſe videtur.*

N. ADDIT.

Sed ipſe tamen Autor in allegato Digreſſionum loco §. 3. ſatis perſpicue aſſeruerat, quod non amplius audeat, ſe diſſentientem a Puſendorffio profiteri. Igitur & hoc loco inter nos non erit diſſenſus. Quod vero exempla in hac reſponſione allegata concernit, ad ea facile reſponderi poterit, notando variam homonymiam juris Gentium. Vide latius dicta alibi in Inſtit. Jurispr. div. lib. 1. c. 2. §. 101. ſeq. & in Fundam. juris nat. & gent. l. 1. c. 5. §. 65. ſeq.

10. (g) Redeamus ad diviſionem Juſtiniani; Publicum jus eſt, quod ad ſtatum rei Romanæ ſpectat. *Status rei Rom.* eſt idem quod Reſpubl. quæ nihil eſt aliud quam τάξις πόλεως, Ariſt. 3. *Polit.* 4. quod Tacitus vertit, *ſtatus civitatis, 1. annal.* 4. Conſiſtit in ſacerdotibus & Magiſtratibus ordinandis, *l. 1. §. 2. D. de Juſtit.* hoc eſt, in rebus ad functiones eorum pertinentibus; Prorſus, ut hodie dicimus, Jura Imperii eſſe vel ſacra ſive Eccleſiaſtica, vel Civilia, ut plerique Juris Publici Scriptores capita Majeſtatis partiuntur. Maxime tamen in Civilibus jus publicum utique noſtrum verſatur, hoc eſt, in omni adminiſtratione pacis & belli, quæque plura ferunt Conſiſtoria ſummarum poteſtatum. Jus privatum eſt, quod ad ſingulorum utilitatem pertinet, atque conſiſtit in forenſibus controverſiis de meo & de tuo. Hoc ipſum crebro publicum jus vocatur, *l. 38. D. de pact. l. ult. de ſuis & legit. hered.* quatenus *publice* omnibus patet omneſque obſtringit, *l. 8. D. de Legib.* Sueton. in *Aug. cap. 10.* Ratione igitur auctoritatis, uſus & obligationis, conveniunt privatum jus & publicum. Differunt ratione objecti, quod hic eſt *publica res*, ibi privatum patrimonium. Eleganter hoc diſcrimen elucet in Tutela, *l. 9. D. de his, qui ſui vel al. jur.* ubi tutela publicis muneribus adcenſetur, juncta *l. 6. §. 16. de Excuſat.* ubi negatur eſſe Reipublicæ munus.

11. (h) Cæterum, eſſe Jus publicum ſpeciem juris civilis, definitio arguit; quanquam aliud eſt publicum, quod inter diverſi populos imperii obtinet, de quo nos exile ſpecimen alias dedimus *libris de jure Civitatis.* Sed quamobrem tradit Imperator hanc diviſionem ante poſitiones juris Gentium & Civilis, quæ mox ſequentur? Quia Cæſar in his libellis tantum de jure privato agere volebat. Ideo mentione juris publici primo loco facta, hoc commode a tergo relinquit; ut de privato continua dictione uti queat. Conſequenter jus privatum ait eſſe collectum e naturalibus præceptis, aut Gentium, aut Civilibus; non quod de jure publico id neget, verum quod nihil attinebat, de eo hoc ingeminare, quod jam tranſmiſerat.

TIT. II.

De Jure Naturali, Gentium, & Civili.

Definitio Juris Naturæ Juſtiniani explicata & vindicata. Jus Gentium definitur & dividitur. Jus Gentium primævum idem cum jure Naturæ, ejusque repetita definitio. Juris Civilis definitio & a jure municipali diſtinctio. Juris Civilis diviſio prima. Altera. De Lege, Plebiſcito, & Scto. De Principum Conſtitution. De Præt. Ed. & reſp. Prud. Juris non ſcripti diviſio & requiſita. Mutabilitas & Immutab. juris. Deque objectis ejus.

a) JUs Naturæ ait Imperator eſſe, quod Natura omnia animalia docuit, in *pr. h. t.* Idemque callidus Philoſophiæ tradit Ulpianus in *l. 1. §. 3. Dig. h. t.* Non puto id velle Viros ſapientes, quod omnes in illis irrident; bruta jus capere, quæ Heſiodus ait

(g) *Poſ. 26. 27. 28. 29. 30.* (h) *Poſ. 31.* (a) *Poſ. 1.*

Ε᾽ ϑέμεν

Ἐσθίεμεν ἀλλήλυς, ἐπεὶ ὐ δίκη ἐςὶ μετ' αὐτῶν. Ipſa ſuos comedunt, quia nullo jure reguntur.

Sed jus Naturæ vocant illa principia, quæ natura nobis induit inolevitque, dicta veteribus *τὰ πρῶτα κατὰ Φύσιν*, *Prima Naturalia*, de quibus diſſerit Taurus apud A. Gell. *l. 12. c. 5.* & ex quibus animal, ſimulac natum eſt, fertur ad conſervationem ſui, tam beſtia quam homo, ut Tullius *3. de fin.* copioſe docet; quo pertinet procreatio, amor & educatio ſobolis, defenſio ſui, ſtudium libertatis & ſimilia. Nam ex hiſce principiis, quatenus beſtiis etiam conveniunt, ducuntur rationes, quæ faciunt Juris concluſiones; Quarum exemplum dedit M. Tullius in defenſione Milonis, quem ideo Clodium jure cæcidiſſe contendit, quia corporis ſui tuendi cauſa eum percuſſerat, ſecundum *Legem non ſcriptam, ſed natam, quam feris Natura ipſa præſcripſit.* Videmus illas regulas, quæ & quatenus cunctis animantibus ſunt communes, juris habere effectum inter homines; Hoc ſenſu jus ſunt. Ipſa bruta non exercent jus, nisi quatenus *μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς, imitamenta vitæ humanæ*, juxta Ariſtot. *9. hiſt. anim. 7.* & ſimulacra virtutum, Cic. *2. de finib.* illis adſcribuntur. Cum tali abuſu, mente tamen paulo diverſa, dixit Cæſar in *fine pr.* cætera quoque animalia iſtius juris peritia cenſeri, ex *d. l. 1. §. 3. in fin.*

2. (b) Jus Gentium eſt, *quod Naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, §. 1. h.* Hoc igitur ita eſt hominibus proprium, ut brutis ne quidem imago ejus & *τὸ* materiale, ut ita loquar, adſcribi poſſit. Paulo aliter Grotius definit *Jus Gentium, quod ex voluntate populorum recta ratione utentium vim obligandi accepit, lib. 1. de J. B. & P. c. 1. n. 11.* Oritur autem ex ratione naturali, aut immediate, aut conſequenter.

3. (c) Quod ratio immediate dictat, hoc jus Gentium *Primævum* vocatur, & finiri poteſt cum Cicerone, *1. De Legib. Ratio ſumma, inſita a Natura, quæ jubet ea, quæ facienda ſunt, prohibetque contraria.*

SCHOLIUM.

Poſſumus equidem hanc Ciceronis deſcriptionem tolerare, ſed tanquam oratoriam; aliam dedimus ad tit. præced.

RESPONSIO.

Non tantum oratoriam, ſed etiam jure ſuo philoſophicam eſſe hanc definitionem, probavimus in lib. 5. Digreſſ. cap. 5. & ſeqq.

N. ADDIT.

Cur illo tempore Ciceronis definitionem pro philoſophica habere non potuerim, patebit ex iis, quæ docui in Inſtit. Juriſpr. div. l. 1. c. 1. §. 28. ſeq. & toto cap. 2. *Poſtquam vero homonymiam legis diſtinctius conſideravi* in Tom. VI. obſ. Hallenſ. obſ. 27. & in Fundam. Juris nat. & G. l. 1. c. 5. §. 2. ſeq. *etiam in hac quæſtione non amplius diſſenſus inter Autorem & me erit, ut ſcholio ſit opus.*

Eſtque illud ipſum, quod Apoſtolus ad *Rom. 2. v. 15. νόμον γραπτὸν ἐν ταῖς καρδίαις*, Legem cordibus inſcriptam, Plato 8. *de Legib. νόμον ἄγραφον*, Legem non ſcriptam, ſcilicet ab homine, appellat. Ad hoc jus primævum referuntur, Religio erga Deum, pietas erga patriam & parentes, & omne diſcrimen turpis ac honeſti. Jus Gentium ſecundarium eſt, quod *uſu ita exigente ac humanis neceſſitatibus eſt introductum, §. 2. h. t.* quo pertinent dominia, imperia, bella, ſervitutes, & plerique contractus, *l. 5. D. de Juſt.*

4. (d) Jus Gentium Primævum proprie & plene dici poteſt Jus Naturale; quia non inſtinctus Naturæ, qualis eſt in brutis; ſed ratio Naturalis jus facere poteſt; cum hoc ſit regula actuum moralium, quam de beſtiis prædicare abſurdum fuerit. Hinc idem Cæſar noſter, Juris Naturæ vocabulum cum jure Gentium confundit, *§. 11. infr. de A. R. D.* exemplo Gaji in *l. 1. D. eod. tit.* ſed accuratius, *Naturale* jus eſt, quod modo ex Cicerone definivimus. Jus Gentium dicitur, *quod ex voluntate populorum recta ratione utentium vim obligandi accepit.*

SCHOLIUM.

Sed gentes voluntatem hanc nunquam declaraverunt; per modum legis inſuper ſe obligare non potuerunt, quia inter ſe pares ſunt.

RESPONSIO.

Quod attinet ad declarationem, ea ſatis ex inſtitutis apud pleraſque moratiores gentes receptis liquet, & nominatim ex iis, quæ tit. præced. n. 8. in Reſp. ad ſchol. ult. protulimus. Sed difficultas eſt in obligatione juris gentium, quæ non videtur eſſe diverſa a præcepto conſervandi pacem, quod eſt juris naturæ, nam mutua utilitas ſola non poteſt addere δύναμιν ἀναγκαςικὴν, vim coactivam. Res igitur huc redit, quod modo in textu collocatum eſt; jus naturæ vel oriri e

(b) *Poſ. 2.* (c) *Poſ. 3. 4. 5.* (d) *Poſ. 6. 7. 8. 9.*

dictamine rationis immediato, ut eſt diſcrimen honeſtorum & turpium; vel per conſequentiam, ut ſunt dominia, imperia & jura bellorum, cæteraque ſuperius nominata. Quæ prioris ſunt generis, dicuntur eſſe juris naturæ; quæ poſterioris, ad jus Gentium referuntur. Exempla vero prioris & poſterioris ſpeciei tam evidenter a ſe invicem differunt, ut priora nomen generis recte ſibi vindicent, & poſteriora peculiari appellatione diſtingui mereantur; ut tamen utraque juri naturæ late ſumpto recte adſcribantur.

N. ADDIT.

Ego vero miror, cur Autor ſcholion meum non attulerit integrum, præprimis cum in iis, quæ omiſit, fere lateat exceptio. Ergo opus eſt, ut ſuppleam defectum. Ita vero addideram: Exempla vero juris Gentium, a Grotio, Dn. Rachelio, & ab Imperatore *§. 2. Inſt. h. t.* adducta, partim ad jus Naturæ ſunt referenda, partim ſpectant ad jus gentium pro attributo perſonæ acceptum, quod hujus loci non eſt, certe eſſe non debet. *Quodſi forte hæc exceptio non quadrat ad omnia exempla, ad quæ hic rurſus provocat Autor, reliqua ſupplenda erunt* ex nova addit. ad ſchol. ult. tit. præced.

Cæterum, ad jus illud Naturæ, ſeu Gentium primævum, proprie pertinent ea, quæ ratio morum neceſſaria jubet aut vetat; verum improprie huc ſæpe referuntur, quæ licent, neque repugnant Naturæ, ut tutela corporis, procreatio ſobolis, libertas, occupatio ejus quod nullius eſt, aliæque naturales facultates. Item, quæ ratio ſuadet ut meliora, non tamen imperat, veluti quod hereditas proximo ſanguini debeatur, *l. 7. D. de bon. damnat.* Hinc docendi cauſa, jus Nat. in proprium & improprium diſtingui poteſt. Proprium aliter *præcipiens* vocetur, & eſt idem, quod definivimus, idque Cæſar intelligit *in §. 11. h. t.* ubi jus naturæ docet eſſe immutabile, quoniam profectum eſt a ſculptura numinis impreſſa mentibus; cui jus humanum ut mutabile, ſicut homines ſunt, opponitur, quod quo ſenſu accipiendum ſit, diximus in *lib. 1. de Jur. Civit. c. 2. n. 20. & ſeqq.* Improprie dictum, ſit vel *permittens* vel *ſuadens*. Permittens circa ea, quæ, ut dictum, licent, neque repugnant Naturæ, verſatur; Suadens, cujusmodi ſit, jam perinde dictum eſt. Quando jus Naturæ a beſtiis alienamus, ut faciendum eſſe diximus, ſupereſt illa Juris naturalis definitio, quam modo e Cicerone laudavimus, niſi paulum eam reformare velis, quod Theologos aliquos deſiderare video, hoc modo; *Ratio ſumma, inſita mentibus ab auctore naturæ Deo, honeſta jubens, contraria prohibens.* Vide ſis quæ dixi *lib. 1. de Jur. Civit. cap. 2. 3. & 4.*

5. (e) Jus Civile eſt, quod quisque populus liber ſibi peculiare conſtituit; ſive, quod eſt proprium cujusque civitatis, *§. 1. h.* Populum & civitatem Juſtinianus promiſcue ponit aliorum exemplo ſcriptorum & uſu linguæ, ut diximus in *lib. 1. Digreſſ. cap. 13.* Civitatem intellige, quæ ſummam habet poteſtatem, ſive Regia ſeu plurium Imperantium forma, & talem vocamus *liberum* populum, qui nullius alterius populi vel principis poteſtati ſubjectus eſt, qui non habet *alienigenam Dominum, l. 7. §. 1. D. de capt. & poſtlim. rev.* quanquam alias notum eſt, liberos populos iis, qui regnantur imperioque regali ſubjiciuntur, opponi. Proinde municipia, quæ ſunt membra majoris imperii, proprium jus civile non conſtituunt, ſed jure communi Reip. cui parent, utuntur: vel ſi peculiare jus habent, id juri communi non debet adverſari, ſemperque a ſuperiore poteſt abrogari, *l. 9. D. de Lege Rhod. l. 3. §. 5. D. de ſepulchro viol.* At noſtratium jura Provinciarum, quæ ſuperiorem non agnoſcunt, civilia ſunt, & perperam municipalia dicuntur; niſi quatenus Romanum jus *κατ' ἐξοχὴν* Civile vocatur; Nam hoc reſpectu, cæteras gentes, quæ jus Rom. receperunt, quaſi municipales, leges condere dicimus. Non eſſe tamen eas vere municipales, inde patet, quia derogant juri Romano, quod tantum ſequimur in his, de quibus nihil Statutis populorum eſt cautum: verum ita, ut verba Statutorum ſtricte interpretemur & quam minimum a Jure Romano recedamus, ut fit in omni jure novo. Gail. *2. obſ. c. 33. n. 9.*

6. (f) Prima Juris Civilis Diviſio ſuppeditari videtur à Juſtiniano in *§. 1. h. t.* ubi, *Omnes populi*, inquit, *partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur.* Ex quibus verbis, docendi cauſa, Civile jus poteſt dici purum vel mixtum, vel, ſi te verba Juſtiniani magis delectant, *Proprium* vel *Commune*, quod etiam ego malim. Purum ſive proprium, quod ex mera civili ratione a populo Romano excogitatum & ſtabilitum eſt; Mixtum ſeu commune, quod originem & fundamentum habet in jure Naturæ vel Gentium, ſed cui lex civilis aliquid addit vel

(e) *Poſ. 10. 11. 12. 13.* (f) *Poſ. 14. 15. 16. 17.*

detra-

detrahit, ac ita in jus civile reformat, *l. 6. in pr. D. de Juſtit.* Ad priorem ſpeciem referuntur literarum & verborum obligationes, Lex *Ælia Sentia*, Lex *Fuſia Caninia*, Lex *Falcidia*, SCtum *Vellejanum*, *Macedonianum*, *Trebellianum*, fictiones legum & id genus alia plura. Ad alteram juris ſpeciem pertinent, *Herilis* & *Patria* poteſtas, *Nuptiæ*, *Tutelæ*, *Dominia*, *Teſtamenta*, plerique *Contractus*, exceptis, qui literis & verbis fiunt; De illis mixtis interrogati, unde ſint, reſpondere ſolemus, ortu & fundamento eſſe juris Naturæ ac Gentium, progreſſu & effectu peculiari eſſe juris civilis.

7. (g) Diviſio altera, clarioribus verbis a Juſtiniano expreſſa eſt in *§. 3. h. t. & l. 6. §. 1. D. eod.* Jus eſt vel ſcriptum vel non ſcriptum. Jus ſcriptum Lex appellatur, Jus non ſcriptum Conſuetudo ſeu mores, *l. 32. D. de Legib.* differuntque ita, quod Leges expreſſe ferantur, Conſuetudines e tacita populi voluntate vim obligandi habent; Leges certo, mores incerto auctore initioque recipiuntur, *d. l. 32.*

SCHOLIUM.

Ab auctore differentiam nolim quærere; utriusque enim auctor eſt is, qui τὸ κύριον gerit in Republ. Quod vero conſuetudinem attinet, mores utentium privatorum, qui incerti eſſe poſſunt, non tam ſunt cauſa juris ſcripti, quam ejus occaſio.

RESPONSIO.

Noſtra deſcriptio Romanæ Reipubl. cujus jura legimus, exacte convenit. Quamdiu enim popularis fuit Imperium, uſus populi, verus autor & *proxima cauſa juris eſſe potuit & fuit.* Cæſares id etiam libenter egerunt, ut *δημοτικοὶ populares* viderentur, ideoque libertatis hasce reliquias plebi *conceſſerunt. Puto & alios optimates vel Principes conſentire videri in id, quod populus uſu longævo, ipſis tacentibus, introducit.*

N. ADDIT.

Vereor, ut Autoris hæc reſponſio ſuccurrere valeat defendendæ ejus aſſertioni, quod morum autor ſit incertus, quatenus nempe autor *hic ſecundum reſponſionem denotare debet proximam cauſam juris. Nam ipſe Autor fatetur, uſum populi in Rep. libera eſſe veram & proximam cauſam. At populus non eſt incertus, ſed qui initium fecit & primus actum, ex quo poſtea conſuetudo facta eſt, celebravit, is incertus eſſe poteſt. Verum hic non eſt vera & proxima cauſa conſuetudinis. Interim in conceptibus ſimus faciles. Præprimis cum in poſterioribus cogitationibus receſſerim a communi & erronea opinione, quaſi in monarchia conſuetudo vim juris accipiat ex tacito conſenſu principis.* vid. diſſert. de jure conſuet. & obſervant. §. 72. *In eadem diſſertatione latius fuit oſtenſum, naturam conſuetudinis eſſe, ut producat jus efficaciæ & impunitatis, non obligationis, quod probe notandum propter errores communes, quibus fere tota doctrina de conſuetudine eſt repleta.*

Noli tamen putare, ſcripturam ad eſſentiam Legis pertinere: nomen ſcripti juris accepit, quia plerumque ſcribitur, alioqui Lex eſt decretum ſummæ poteſtatis, quod plerumque quidem ſcribitur, ut populo innoteſcat; unde nomen habet: eſt tamen Lex, & antequam ſcribatur, imo etſi nunquam ſcribatur; quemadmodum *ῥῆτραι* ſive conſtitutiones Laconicæ, fuerunt Leges auctore Lycurgo latæ, verum ſine literis memoriæ civium mandatæ, teſte Plutarcho in *Lycurgo*, qui inter alia civilibus ſuis præſcripſerat, *μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις, ſcriptis non uti legibus*, unde hactenus a Juſtiniano in *§. 10. h. t.* juri Attico Legibusque Solonis opponuntur, quod hæ ſcripto erant comprehenſæ. Plus enim inde nolim probari, quam forma exteriore diſcrepaſſe jus Atticum & Laconicum, perinde ac jus ſcriptum & non ſcriptum. Alioqui nimis notum eſt, quod ſcribit Juſtinus *in lib. 3. c. 2.* Athenienſes & Lacedæmonios *inſtitutis Solonis & Lycurgi Legibus fuiſſe pares.*

8. (h) Juris ſcripti ſex ſpecies recenſentur *in §. 3. & ſeqq.* Lex, Plebiſcitum, SCtum, Principum Placita, Magiſtratuum Edicta, Reſponſa Prudentium. Lex finitur, quod populus Rom. Senatorio Magiſtratu, veluti Conſule interrogante, conſtituit, *§. 4.* Unde liquet, legis vocabulum proprio ſenſu heic ſumi; Nam generaliter, ut modo diximus, omne jus ſcriptum ſignificat. Plebiſcitum eſt, quod plebs plebejo magiſtratu, veluti Tribuno rogante, conſtituebat, *d. §. 4.* Senatus-Conſultum, quod Senatus jubet atque conſtituit, *§. 5. h. t.* Populi appellatione palam eſt, univerſos cives, connumeratis etiam patriciis & ſenatoribus, contineri, *d. §. 4.* plebis autem appellatione, ſine Patriciis & Senatoribus cæteri cives ſignificantur. Recte Patricii a Senatoribus ſeparantur; Nam Patricii erant No-

(g) *Pof. 18. 19. 20. 21.* (h) *Pof. 22. 23. 24. 25. 26. 27.*

Digitized by Google

biles, quorum familiæ per legem ſpecialem hoc nomen & dignitatem erant adeptæ, Sigon. *l. 1. de jure Civ. Rom. c. 7.* Senatores, quicunque jus ferendæ ſententiæ in ſenatu habebant, quod etiam plebejis, majoribus geſtis magiſtratibus, patuit, *Idem lib. 2. de jur. Civ. Rom. c. 2.* Poſtquam autem plebeji in ſenatum erant allecti, non videntur ad comitia tributa, quibus ſua ſcita plebs condebat, fuiſſe admiſſi; utique non ex ſententia Juſtiniani, opponit enim Juſtinianus plebem hac in parte patriciis & ſenatoribus cunctis, & Livius *lib. 2.* memorat, Patres a comitiis tributis fuiſſe ſubmotos; ſed tamen cuncti Patres vocabantur: Dionyſius Halicarnaſſæus & Plutarchus in hiſtoria Cariolani, diſcrimen inter centuriata atque tributa comitia paulo aliter commemorant; qua de re nos in *parte Digreſſionum ſecunda libro primo* latius agimus. Mos ſtatuendi & Leges & Plebiſcita, erat per *rogationes* magiſtratuum ad populum in comitiis congregatum, *Velitis jubeatis Quirites &c.* At Senatus-Conſulta per relationes Conſulum fiebant, ſingulos ſenatores compellantium, *Dic Marce Tulli*, ut hic ad Atticum ſcribens alicubi indicat. Lex a toto populo lata, vim juris ſua vi habuit; Plebiſcita conſenſu Populi etiam Patres tenuerunt, vi legis Hortenſiæ, quæ poſt rogationes Horatiam & Publilium, ea de re lata eſt, anno Urbis conditæ 467. Sigon. *in Faſt.* Senatus-Conſulta apud veteres Romanos non habuerunt Legum vigorem; Verum Cæſares hoc jus in ſenatum transtulerunt; ut probavimus *lib. 1. Digreſſ. cap. 3.*

9. (i) Extant quidem Leges, Plebiſcita & Scta in Corpore Juris multa, ſed tempore Juſtiniani ſolæ Principum Conſtitutiones pro Legibus publicabantur; quarum tres fuere ſpecies, *Epiſtola, Decretum, Edictum, §. 6. h. t.* Epiſtolæ, (ſub quibus Reſcripta & ſubſcriptiones continentur, *l. 1. de Conſtit. Princ.*) ſupplicantibus aut magiſtratibus jura præſcribebant, velut ex infinitis in Codice exemplis patet. Decretum, eſt ſententia Principis pro tribunali, cum plena cauſæ cognitione dicta, qualis extat luculenta in *l. 3. de his, quæ in teſtam. del.* Continentur ſub illis interlocutiones, de plano, ſine exacta cauſæ cognitione a Principe latæ, cum animo juris condendi, *d. l. 1. de Conſtit.* alioqui Legum vi carent, *l. 3. C. de LL.* niſi dicas, eam derogare *l. 1.* Non eſt autem Principi talis animus in privilegiis, quæ ſunt perſonales conſtitutiones, quibus in certorum hominum gratiam vel pœnam, aliquid contra rationem juris communis ſtatuitur. Nam hæ vim quidem ſuam effectumque tenent, reſpectu eorum quibus indultæ ſunt, in exemplum vero nequaquam trahuntur, *d. §. 6. in fin.* Apparet igitur, Cæſares habuiſſe poteſtatem, quæ prius fuerat populi, cum Lege Regia, quæ de ejus imperio lata eſt, populus ei & in eum omne imperium ſuum & poteſtatem conceſſerit, *d. §. 6. in pr. l. 1. in pr. de Conſtitut. Princ. l. 1. §. 7. C. de V. J. E.* Non eſſe hoc figmentum Juſtiniani, patet inde, quia veteres hiſtorici in eandem ſententiam loquuntur. Sic Tacitus *I. hiſtor. 1. Omnem poteſtatem in unum collatam* ſcribit. Tiberius apud eundem *1. ann. c. 11. Non ad unum omnia deferrent.* Suetonius in *Cajo c. 14. Jus arbitriumque omnium rerum ei permiſſum eſt.* Dion Caſſius *lib. 53.* *τοῦ δήμου καὶ τῆς γερουσίας κράτος πᾶν εἰς τὸν Αὔγουστον μετέστη, Senatus populique imperium omne in Auguſtum eſt translatum.* Talis conceſſio non potuit ſine Scto & Lege perpetrari; tametſi Lex illa ſub primis Cæſaribus Regia, ob odium regii nominis, dicta non fuerit, ſed demum ſub Antoninis hac appellatione innotuerit; Vide quæ de hac Lege diſputavimus in *lib. 1. Digreſſ. c. 16. & ſeqq.* Sane caput ejusdem Legis alterum, ſcilicet quod Princeps ſit Legibus ſolutus, alio pertinet. Dix. *lib. 1. Digreſſ. cap. ult. ſecund. edit.*

10. (k) Edicta prætorum, qui præerant tribunalibus, tacito populi conſenſu uſuque fori Romani vim juris acceperunt, hactenus, ut jus Civile antiquum, quod XII. Tabulis erat comprehenſum, pro ratione temporum adjuvarent, ſupplerent ac mitigarent, *l. 7. §. 1. de Inſt. Act.* non tamen mutarent neque tollerent, *l. 22. §. 4. de Publican. act.* Olim hæc Edicta quotannis mutabantur, quia officium erat annuum, ut tamen pleraque capita eſſent tralatitia, quemadmodum a Cicerone vocantur, quæ ex uno Edicto in alterum transferri ſolita juris Prætorii perpetui habebantur, unde *tralatitium* pro *vulgari*; donec Lege Cornelia Prætores ex Edictis perpetuis jus dicere ſunt juſſi, teſte Aſconio *in argum. orat. pro Cornel.* Hadriani tempore Salvius Julianus JCtus Edicta cuncta collegit in unum corpus, quod per excellentiam edictum perpetuum fuit vocatum, *l. 2. §. 18. C. de Vet. Jur. enucl.* Partem juris prætorii faciunt edicta

(i) *Poſ. 28. 29. 30.* (k) *Poſ. 31. 32.*

Ædilium,

Ædilium, quæ juris honorarii portio ſunt, ait Juſtinianus *in §. 7. in fin. Inſt. h. t.* non quod Ædilium & Prætorum jurisdictiones ita fuerint commixtæ, ſed quod ædilitia Edicta tam pauca ſint, ut ſpeciem inde facere diſtinctam in Arte, non viſum ſit operæ pretium; Nec enim plura duobus, Ædilium Edicta in corpus Juſtiniani redacta leguntur.

SCHOLIUM.

Imo forte tria; Primum in l. 1. §. 1. de Ædilit. Edicto. Secundum in l. 38. pr. eod. Tertium in l. 40. 41. 42. D. eod. niſi primum & ſecundum unire velis, quia utrumque de venditione diſponit.

RESPONSIO.

Sic eſt; Primum de rebus venalibus eſt, alterum de animalibus feris continendis. Quod eſt de rebus venditis, habet duo capita potius, quam Edicta ſingularia, primum de rebus ipſis, maxime de mancipiis, alterum de jumentis & rerum venditarum acceſſionibus, nec aliter reperies in textibus.

N. ADDIT.

Quamvis res tanti non ſit, ut in Scholio jam indicavi, nollem tamen tam confidenter aſſerere, ac ſi in juris textibus non aliter reperiatur, quam ut hic Autor dicit. Etenim vereor, ne Criticus & aſſertionum forte contrariarum pertinax defenſor objiciat Autori, 1. *quod Ulpianus edictum de mancipiis explicaverit libro primo commentariorum ſuorum, de jumentis vero libro ſecundo,* vid. l. 1. & 38. h. t. 2. *Non ſolum de primo capite, dicitur* in d. l. 1. §. 2. *cauſa* hujus edicti, *ſed & de ſecundo capite, tanquam de novo edicto loquuntur leges*, d. l. 38. §. 1. *Loquuntur Ædiles* in hoc edicto *&c. & in §. 2. Cauſa* hujus edicti *&c.* 3. *Si de eo, ut leges loquuntur, judicandum eſſet de numero edictorum, potius edictum de animalibus feris continendis, videretur eſſe portio edicti de jumentis, propter rubricam* pr. & §. 1. l. 40. eod.

Sed obſervandum eſt, Jus Prætorium, quod eſt ſpecies juris civilis, frequenter in ſenſu proprio, juri Civili opponi, quatenus hac voce notatur id, quod ex XII. Tabb. & diſciplina JCtorum inprimis eſt ortum, *l. 7. §. 1. de Juſtit.* juncta *l. 2. §. 12. de Orig. Jur.* Scilicet, quo modo Jus Prætorium conſenſu tacito populi vim juris habuit Romæ, ſic & Reſponſa Prudentium, quæ erant ſententiæ & opiniones eorum, quibus permiſſum erat de jure reſpondere, invaluerunt, *§. 8. h. l. 2. §. 5. & 12. de Orig. Jur.* Ubi & hoc diſcimus, Auguſtum voluiſſe, ut JCti auctoritatem ſuam a Principe impetrarent. Legis autem vis non videtur in ſingulis Prudentium reſponſis fuiſſe, quæ ſtudiis ſectarum ſæpius erant contraria, ſed in talibus, quæ unanimi doctrina tradita ſcriptoque publicata erant, *arg. d. l. 2. §. 5.* cujusmodi hodieque ſententias Pauli eſſe videmus: Sed ne tum quidem publici juris partem Reſponſa conſtituebant; donec Theodoſius vim Legum iis optimo jure tribuit, *l. 1. C. Theod. de reſp. Prud.* Poſtremo omnium pleniſſime Juſtinianus, poſtquam fragmenta eorum digeſſit in Pandectis, *l. 1. §. 6. C. de Vet. jur. enucl.*

11. (l) Sic fuere ſpecies juris ſcripti; quæ ita enumerari & exponi debuerunt ex antiquitate, quanquam hodiernis temporibus una tantum in uſu eſt juris origo, Lex in genere, ſive placitum ſummæ poteſtatis; Reſcripta vix eſt ut in foris noſtris pro legibus valeant, neque decreta, quæ pleraque politica ſunt; juridicæ cognitiones Curiis delegantur, quarum decreta ſicut res judicatæ, non valent ut leges.

12. (m) Sequitur Conſuetudo, quæ eſt Jus non ſcriptum, quod uſu longo, velut tacito populi conſenſu, vim obligandi accepit, *§. 9. h. t. l. 32. §. 1. de LL.* ita ut & Legem abrogare queat, *d. l.* non obſt. *l. 2. C. Quæ ſit longa conſuet.* cujus verba ſunt hæc; *Conſuetudinis uſusque longævi non vilis auctoritas eſt, verum non usque adeo ſui valitura momento, ut aut rationem vincat aut Legem.* A præceptoribus noſtris ita accepimus; hoc dictum Conſtantini eſſe verum in theſi, cum quæritur de valore legis & conſuetudinis in genere conſideratæ, quomodo & Donellus *1. Comm. 10.* Sed quis credat, Conſtantinum voluiſſe quaſi θέσιν διαφλάτ]ειν, more ſcholaſtico decidere theſin, utra ſit præſtantior, lex an conſuetudo? Reſcripta ſemper ad hypotheſin referuntur, jubent quod fieri volunt, non diſputant quid ſit melius. Nec etiam liquet, conſuetudinem in genere legi cedere: *Imo magnæ auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum eſt, ut non fuerit neceſſe ſcripto id comprehendere*, quin ſæpe leges ſequuntur mores, ut videmus in *l. 22. de vulg. & pup. ſubſt. l. 1. de donat. int. Vir. & Ux.* Puto ſimplicius & explicatius eſſe, verba Conſtantini de particularium inſtitutis locorum accipere; nam conſuetudo vim legis habitura, debet eſſe generalis, hoc eſt, per totam Rempubl. vel maximam ejus partem recepta. Legem non

(l) *Poſ. 33.* (m) *Poſ. 34. 35. 36. 37.*

ſemper & neceſſario eſſe ſcriptam diximus antea; ſed Conſuetudo ſemper & neceſſario non ſcripta eſt, ab initio. Nam ſi, poſtquam ſtabilita eſt, in ſcripturam redigatur, id naturam ejus originariam nihil mutat, quemadmodum Conſuetudines Feudales ſcriptas habemus: perinde ac Friſiæ Statuta conſtant, ut ex inſcriptionibus paſſim elucet, ex Legibus & Conſuetudinibus, iisque non modo ſcriptis, ſed etiam certo tempore ſignatis, quod tu tamen non de tempore, quo ſunt ortæ, ſed quo agnitæ & publicatæ ſunt, intellige. Habet vim legis ſua vi Conſuetudo, duntaxat in popularibus Imperiis, ubi Leges a populo ferri poſſunt, *arg. d. l. 32.* ſed hodieque in regnis Conſuetudini vim juris tribuere licet, etſi de ſcientia Principis non conſtet, ut recte Schneid. *ad d. §. 9. n. 3.* quod ex præſumpto ejus conſenſu in id, quod diu ac palam obtinuit, defendi poteſt; ut tamen ſemper contrario Principis placito aboleri, nec contra legem claram induci queat, *ut ibid.* Schneid. quo ſenſu licet etiam capere *d. l. 2.*

Requiſita Juris non ſcripti ſunt, ut honeſtum, generale & certum ſit. Primum eſt in *l. 39. de LL.* Generale, id eſt, ab univerſa Republ. vel potiori parte receptum, perinde ut Lex a toto populo fertur: Nam pari modo Lex & Conſuetudo obligant, *l. 32. §. 1. de LL.* Hinc municipiorum Conſuetudines eandem habent vim quam Statuta: valent, quatenus Juri & mori totius Reip. non adverſantur. *

SCHOLIUM.

Ego vero, ut Statuta municipalia valent etiam contra jus commune, modo ſint confirmata a Principe, ita putarem, cauſam ſimilem eſſe conſuetudinis municipalis, modo requiſita reliqua adſint, ex quibus de præſumpta Principis approbatione conſtare poſſit.

RESPONSIO.

Atqui nos agimus de ſtatutis & conſuetudinibus municipiorum a ſumma poteſtate non confirmatis. Accedente confirmatione Principis, e ſtatuto & conſuetudine municipali fit lex, quam certis locis accommodari nihil vetat.

N. ADDIT.

Ut igitur non eſt ſecundum hanc Autoris expoſitionem amplius diſſenſus inter nos, ita facilius in ejus explicatione acquieſco, poſtquam modo in antecedentibus notavi, me non amplius efficaciam conſuetudinis deducere ex tacito conſenſu Principis.

Ad *certitudinem* requiritur longum tempus & frequentia actuum. Quantum temporis & quales actus eſſe debeant, cum in jure non ſit expreſſum, judex arbitrabitur, ** *arg. l. 1. §. ult. de jure delib.* Sane liquidius conſuetudo probari non poteſt, quam ſi contradicta judicio ſententiaque confirmata ſit, *l. 34. de LL.* quod tamen requiſitum minime neceſſarium eſt. Dicendum igitur, tantum temporis & tales actus requiri, quibus Judici ſatis de uſu conſtanti liqueat.

13. Cæterum neceſſitas juris Naturæ, de qua ſupra, immutabile id eſſe docet, cum jus humanum æque mutetur ac voluntas humana, *§. 11. h. t.* quanquam ſæpe & illud imperitis mutari videtur, cum objectum & circumſtantiæ mutantur, iisque modo hoc, modo aliud naturæ præceptum applicatur, ut in trito Socratis apud Plat. *1. de LL.* exemplo. Jus Nat. ait, redde gladium depoſitori. Is furere cœpit. Nunc idem ait, cave reddas. Hic Jus non mutatur; ſed depoſitor, cui alia ſano, alia furenti regula applicatur. Poſſunt etiam Præcepta Naturalia ad uſus Reip. varie accommodari, quod JCtus in *l. 6. de J. & J.* duriuſcule, *addere vel detrahere juri Nat.* vocat. *Addere*, eſt ſanctione civili intendere vel augere, quod ſæpe fit. *Detrahere* neceſſitati Lex nihil poteſt, ſed hæc de iis, quæ improprie ad Jus Nat. referuntur, capienda videntur, ſcil. de jure permittente & ſuadente. *Vid. ſupra §. 5.* add. Grot. *d. cap. 1. n. 10.*

14. (n) Diviſiones Juris ſequitur diſtributio ex

* Interim ſtatuta non contra, ſed præter legem diſponentia, juxta terminos poteſtatis univerſitati competentis citra confirmationem eſſe obligatoria, non ambigitur, quorſum faciunt ea, quæ de officiis ambulatoriis, dimiſſione officialium, tempore rationum ſolvendarum, multaque conventionali &c. agunt conf. Ziegl. d. jur. Maj. l. 1. c. 30. th. 18.

** In Saxonia frequentia actuum adhuc judicis arbitrio determinanda relinquitur, ſed diuturnitas temporis ex lapſu ann. 31. 6. ſept. & 3. dierum æſtimatur, teſte Carpz. *P. 2. C. 21. d. 3.* Reinh. *p. 6. diff. 2.* ap Zobel. *p. 2. diff. 6. n. 11. p. 120.* Quæ ſententia licet ex non accurata ſatis interpretatione Jur. Can. originem trahat, ſecundum quod præſcriptionis tempora ad introducendam conſuetudinem requiri, Doctores nonnulli exiſtimarunt, *б. c. f. X. de conſuetud. 3.* L. R. *l. 2. art. 30.* add. Reinh. *l. c.* conſtanti tamen fori obſervantia confirmatur. Currit autem hoc tempus a primo actu, qui probari poteſt.

(n) *Poſ. 38.*

Digitized by Google

objecto ſive materia ſubjecta, cujus tria capita recenſentur in *§. ult. d. t. Omne jus, quo utimur, vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*, ex *l. 1. de Stat. hom.* hæc vulgo tria *juris objecta* vocantur. Quod ſi quis putet, unius Diſciplinæ unum quoque objectum eſſe debere, poteſt dicere, hoc unum objectum eſſe, *Jus quod cuique tribuendum eſt.* Nihil enim aliud per totam artem tractatur. Et eſt hic ſermo de objecto tractationis, ſive materia ſubjecta. Jus autem cuique tribuendum, conſideratur vel reſpectu *ſtatus* perſonalis, quem quis obtinet in libertate, civitate & familia; vel reſpectu *rerum* externarum, quæ nos faciunt locupletiores, ut eſt dominium & obligatio; vel ratione modi ad obtinendum illud jus, quod eſt *actio*. Quia autem Status perſonam arctiſſime contingit, ejus jus ſimpliciter *Perſonæ* vocatur, cum alioquin & res & actiones perſonis competant; ſed non ſunt mere perſonales. Sic igitur unum eſt objectum generale; tria ſunt particularia, quæ pariter illud unum generale efficiunt ac repræſentant.

Tit. III.

De Jure Perſonarum.

Diviſiones perſonarum, & an ſervus perſona. Libertatis definitio explicata. Etiam Servitutis. Quomodo ſervitus conſtituatur. De adſcriptitiis & ſtatuliberis. Quando ſervitus deſierit in Europa, & an recte.

(a) CAput de perſonis duabus diviſionibus conſtat. Prima eſt in liberos & ſervos; altera in eos, qui ſunt ſui vel alieni juris. Ergo & ſervi ſunt perſonæ, *pr. Inſt. de jur. perſ. l. 22. pr. de R. J.* quatenus perſona idem quod *homo* eſt, ut in titulo *D. de ſtatu hominum*, qui reſpondet huic rubricæ *de jure perſonarum.* At ſi perſona qualitatem civis notet, jam ſervus erit *ἀπρόσωπος, imperſonalis*, Harmenop. *7. t. 6.* & pro nullo, *l. 32. de R. J.* ac pro mortuo habetur, *l. 209. eod.*

2. (b) Libertas eſt naturalis facultas ejus, quod cuique facere lubet, niſi ſi quid vi aut jure prohibeatur, *§. 1. Inſt. & l. 4. h. t. Naturalem facultatem, φυσικὴν εὐχέρειαν*, vertit Theoph. quæ vox habile & expeditum libertatis exercitium, quod a ſolo animi imperio pendeat, exprimere videtur; quo pertinent verba: *quod cuique facere lubet.* Hoc eſt, quod Stoici eleganter *αὐτοπραγίαν* una voce, Cicero *in parad. 5.* poteſtatem vivendi ut velis, appellant. Sed reſtringitur hæc facultas, *niſi ſi quid vi aut jure prohibeatur;* ne quis putet, violenta & legitima impedimenta faciendi quod velis, libertati officere: Exercitium vi coarctatur, facultas non læditur. Multó minus legum imperio, quia communi homines conſenſu ſemet illis ſubjiciunt; unde & *ſponſio, συνθήκη, fœdus*, lex dicitur, *l. 1. & 2. de LL.* Et Ariſtot. crebro cum libertate, *τὸ νόμοις δουλεύειν, ſervire legibus* conjungit. Philoſophiæ ſervire libertas eſt, Sen. *ep. 8.* Idem vult Stoicorum paradoxum, *μόνος ὁ σοφὸς ἐλεύθερος, πᾶς ἄφρων δοῦλος. Solus ſapiens liber, omnis ſtultus eſt ſervus.* At tu dices; etiam ſervus facit, quod lubet, niſi prohibeatur. Ego inquam, ſervus nihil facit quod lubet, niſi dominus permittat; ejus cunctæ actiones a domini arbitrio pendent. In libero homine hæc eſt regula; *facit quod lubet;* exceptio, *niſi prohibeatur:* At illa regula minime convenit ſervis, neque proinde exceptio.

3. (c) Servitus eſt conſtitutio Juris Gentium, qua quis dominio alieno contra Naturam ſubjicitur, *§. 2. h. t. Conſtitutionem* paſſive pro re conſtituta ſumi, tritum eſt, ut theſaurus depoſitio dicitur, *l. 31. §. 1. de A. R. D.* Servitus eſt *Juris Gentium;* nam libertas eſt Naturalis, *ut dict.* In primævo hominum ſtatu ſervitus erat incognita, quæ poſtea *invaſit*, id eſt, vi introducta eſt, *l. 4. de J. & J.* & gentium uſu probata, *§. 9. Inſt. h. t.* Dicitur *contra naturam*, & contra jus Naturæ, *§. 2. Inſt. de J. N. G. & C.* hoc eſt, contra ſtatum naturæ primævum; ut jus pro facultate accipiatur, non contra dictamen rectæ rationis; vel eſt contra jus Naturæ permittens, non præcipiens; confer *§. 4. tit. 2.* Etymologia Servorum hoc docet, quia dicuntur a ſervando, *d. §. 3. h. t.* Nam ſi licet hoſtes in bello occidere, quidni liceat, quod minus eſt, ſervare eos ad ſerviendum? ut Cicero ſcripſit, *non eſſe contra naturam ſpoliare eum, quem honeſtum eſt occidere, 3. Offic.* Sed qui tam graviter deliquerunt, ut bello ſint coercendi, vel qui alios inique oppugnant, hi & licite & honeſte cæduntur; quin etiam in bello injuſto, modo ab

(a) *Poſ. 1.* (b) *Poſ. 2.* (c) *Poſ. 3.*

iis

Digitized by Google

iis geratur, qui jus bellandi habent, cædes utrinque impune fiunt, Grot. *l. 3. c. 4. n. 3.* Sed nec pactio, qua quis ſe dat in ſervitutem, naturæ adverſatur; iniquum enim non eſt, ut quis operas ſuas alii in perpetuum pro alimentis addicat: Accedit, quod multorum ingenia ad ſerviendum aptiora ſint, quam ad libertatis uſum; quod Ariſtoteles non modo de ſingulis, *l. 1. polit. 3*, ſed de populis quoque univerſis tradit, *l. 1. c. 3. & ult.* Ἐςὶ γάρ τι φύσει δεσποτὸν, *Eſt quædam*, inquit, *naturalis ſervitus*: quam tribuit τοῖς περὶ τὴν Ἀσίαν, *Aſiaticis*; nimirum ingenii ſervitus, quam non eſſe commentitiam, fides hiſtoriæ ſatis confirmat, licet Bachovio diſpliceat *ad lib. 1. ff. tit. de ſtat. hom. c. de ſervit.* qua de re diximus *in lib. 2. Digreſſion. c. 2.*

4. (d) Denique, oritur ſervitus ex nativitate vel ex facto. Et hoc ex Jure Gentium vel Civili. Jure Gentium ex captivitate, in bello ſolenni, hoc eſt, quod geritur ab his, qui habent ſummam poteſtatem, obſervatis ſolennibus juris gentium requiſitis, de quibus Grot. *l. 3. c. 7.* Jure Civili, ex venditione ſui ipſius a majore annis 20. facta, *§. 4.* Sententia, qua ſervi pœnæ efficiuntur, *§. 1. Inſt. de cap. dimin.* Ingratitudine liberti adverſus Patronum, *d. §. 1. l. un. C. de ingrat. lib.* Naſcuntur ſervi ex ancillis, vernæ dicti, quia parentum ſortem liberi ſequuntur, *d. §. 4.* quod Grotius ſub cenſuram vocat *lib. 2. de J. B. & P. c. 5. n. 29.*

5. (e) De adſcriptitiis, ſive Colonis certo fundo colendo addictis, quales hodieque * (manus mortuæ Gallis dicti) per Europam habentur, dubitatum eſt, ſervi an ingenui ſint: Videri ingenuos, ait *l. un. C. de colon. Thrac.* dicuntur ſervi in *l. 7. C. de agric. & cenſ.* nec a ſervis differre, *l. 21. & l. ult. eod.* Et hoc verius eſt; quia tam ipſi, quam res ipſorum, ſunt in domini poteſtate, *d. l. un. d. l. 21. & ult.* quia diſtrahi poſſunt, *ead. l. 21. l. 2. 4. 7. C. de Agric.* Nihil autem æque libertati adverſatur, quam eſſe in commercio. Dominum certe quod vendi poteſt habet. Qui tamen proprii generis ſunt ſervi & maxime ob fundos habentur, hinc in quibusdam a reliquis ſervis οἰκέταις, ſeparantur, & melioris conditionis videntur, ut tamen gradus non variet ſpeciem, *l. 2. l. 4. l. 23. §. 1. eod. tit.* Diſſent. *Scholiaſtes noſter, ad poſit. 7. h. t. ſed rationibus heic occupatis, ut nihil opus ſit ea denuo referre vel refellere.* Cæterum Statuliberi, qui deſtinatam in tempus vel conditionem libertatem habent, *l. 1. de ſtatulib.* dum ſperatur libertas, ſervi expreſſe dicuntur in *l. 9. pr. l. 29. pr. eod. l. 12. §. ult. D. fam. erciſc.* & quod naſcitur ex Statulibera, ſervum eſt, *l. 16. d. tit. de Statulib.*

6. (f) Servitutem cum ratione non pugnare, diximus modo. Ipſis quoque Chriſtianis ſero ſervitus diſplicuit, nec in ſacris literis veteribus aut novis improbatur. Etiam Caroli M., Ludovici Pii, & Lotharii Leges de ſervis, ſuperſunt in *lib. LL. Car. M. & Longob.* Imo & Guilielmi Siciliæ Regis & Friderici Imp. extant de ſervis fugitivis conſtitutiones *in plac. Neap.* Sed ab hoc tempore, id eſt, anno Chriſti ɔɔccxii. aut non multo ſecus, Chriſtiani ſe mutuo in ſervitium redigere deſierunt, quod & Muhammedani ac Turcæ inter ſuos ſervant, teſte Busbeq. *epiſt. 3.* ubi & diſputat, parum recte inter nos ſublatam videri ſervitutem. Specioſum charitatis eſſe prætextum, ſed inutilem. Hominum inde liberorum colluviem redundaſſe, quos licentia & egeſtas ad flagitia aut mendicitatem impellat. Coarctata familiarum miniſteria, carioribus aut procacibus ingenuorum operis. Adde cædes, ſervitute ſublata, frequentiores eſſe; quod Romani in civilibus bellis experti ſunt, quibus capti non erant ſervi. Tacit. 2. *hiſt. c. 44.* Plutarch. in *Othon. & l. 21. §. 1. de capt. & poſtlim.* Non deeſt his rationibus ſuum pondus. Videatur Berneggerus *ad Taciti German. quæſt. 134.*

* De conditione hominum propriorum ſecundum Jus Sax. *vid.* Weichb. *art. 2.* Quos verius eſt pro liberis hominibus haberi debere, cum jus teſtandi, contrahendi &c. ipſis ſalvum ſit, licet juribus liberorum hominum, quoad plenariam de bonis ſuis diſpoſitionem, & tam inter vivos quam mortis cauſa alienationem, haud fruantur. De Conditione ſubditorum ruſticorum in Luſatia ſuperiori, vid. Ober-Lauſitzer Unterthanen- und Geſinde-Ordnung *art. 1.* Was derer Unterthanen aufm Lande Zuſtand, Thun und Weſen ſey. *p. 78.*

(d) *Poſ. 4. & 5.* (e) *Poſ. 7.* (f) *Poſ. 6.*

Tit.

Tit. IV.

De Ingenuis.

(a) SErvorum nulla diviſio traditur, quod ad ſtatum quidem attinet, niſi pro tali habere velis diſcrimen *οἰκετῶν* domeſticorum & adſcriptitiorum. Sane quod ad miniſteria, in quibus domi habentur, multiplex eorum differentia fuit; medici, nomenclatores, anagnoſtæ, amanuenſes, muſici, diſpenſatores, capſarii, arcarii, atrienſes, pictores, topiarii, *præſtabant* ſocariis, ſcopariis, fornicariis, gregique reliquo mediaſtinorum & ergaſtulorum. vid. Bernegg. *ad Tacit. German. quæſt. 134.*

2. (b) Liberi homines dividuntur in ingenuos & libertinos; *Ingenuus eſt is, qui ſtatim ut natus eſt, liber eſt, princ. Inſt. de ingen.* Liber *naſcitur*, cujus mater fuit libera, Patris conditio non attenditur, *d. princ.* quia incertus ille videtur extra matrimonium, quod pro nota & indicio Patris (qui aliter indubitato monſtrari nequit, juxta Homericum illud, *οὐ γὰρ πώ τις ἰὸν γόνον αὐτὸς ἀνέγνω, Nemo ſuum Patrem novit,)* militat; Unde liberi ex legitimis nuptiis procreati Patrem ſequuntur, *l. 19. de Stat. hom.* at, ſi quis matrem ancillam habeat, is ex matrimonio non poteſt ſuſceptus eſſe, quia non niſi cum cive Romana nuptiæ contrahuntur, *pr. Inſt. de nupt.* Cum igitur pater ejus civiliter incertus ſit, neceſſario matris conditionem ſequitur, quæ ſemper adſeverate noſci poteſt. Ancilla vernam, libera ingenuum parit, *l. 19. l. 23. l. 24. de ſtat. hom.* Sufficit tamen ad ingenuitatem, aliquo, nec intereſt quo tempore, dum fœtus in utero erat, matrem fuiſſe liberam, ſive ante ſive in ipſa partitudine: quia ſuperveniens parentis calamitas utero non nocet, *d. tit. de ingen.*

3. (c) Quidam denique, etſi non ſint ingenui, jure tamen ingenuorum gaudent, ut natalibus a Principe reſtituti, vel jus aureorum annulorum conſecuti, de quibus ſunt tituli in *Pandectis;* & quos Judex ingenuos, etſi male, pronunciavit; quia *res judicata pro veritate habetur, l. 25. de Stat. hom.* Jure noviſſimo, omnes liberi homines ſunt ingenui, ſublato libertinorum ſtatu, idque moribus hodiernis evidenter obtinet. *Nov. 78. c. 5.*

Tit. V.

De Libertinis.

(a) OLim tertium genus hominum erant Libertini, *princ. Inſt. de libertin.* non medii inter liberos & ſervos (nam hæc ſumma & bimembris diviſio eſt, *princ. de jur. perſon.)* ſed inter ingenuos & ſervos. Erant autem Libertini, *qui ex juſta ſervitute manumiſſi ſunt, d. princ. de Libert.* Quod ſi liber homo ex injuſta ſervitute manumittatur, is ingenuus, non libertinus eſt, *§. ult. de ingen.* Libertus a libertino nihil differt, quam quod ille ad Patronum ſit relativus, hic ingenuo opponatur, quod ſe primum docuiſſe Valla jactat *l. 4. eleg. c. 1.* Sic recte rogas, cujus libertus? non, cujus libertinus? ſed qualis ille homo? libertinus, reſpondetur, non libertus. Olim libertini vocabantur, e manumiſſis procreati. Sueton. *in Claud.*

2. (b) Manumiſſio eſt de manu miſſio, id eſt, datio libertatis, *l. 4. de Juſt. & Jur.* quæ tribus olim modis fiebat; cenſu, vindicta & teſtamento, *§. 1. h. t.* Cic. *in Top.* Ulp. *tit. 1.* Pro cenſu, qui modus in ſolenni luſtratione civium apud Cenſores fiebat, Conſtantinus M. ſurrogavit manumiſſionem in Eccleſia, *tit. C. de his, qui in Eccl. man.* Vindicta, creberrimus erat modus, qui apud majores magiſtratus ſolennibus verbis fiebat, tacto ſervi capite virgula, quæ vindicta dicebatur, circumactoque eo in gyrum & alapa percuſſo; Ex quo illud Perſii intelligitur, *vertigine Quiritem fieri, Sat. 5.* & Senecæ *epiſt. 8.* Philoſophiam *circumagere* homines, id eſt, liberos facere. Vindicta nomen habebat, vel a vindicando in libertatem ſervo, vel a Vindicio ſervo, qui detexerat olim conjurationem filiorum Bruti pro reducendis Tarquiniis, de quo Plutarch. *in Brut.* De ritu manumittendi reliquo *dix. in Digreſſion. lib. 1. cap. 4.* Teſtamentaria manumiſſio nihil peculiare a natura teſtamenti habuit. Quæ inter amicos & per epiſtolam fiebat, domini & quinque teſtium ſubſcriptionem requirebat, *l. un. §. 1. & 2. C. de Lat. lib.*

(a) *Poſ. 1.* (b) *Poſ. 2. 3.* (c) *Poſ. 4. 5.* (a) *Poſit. 1.* (b) *Poſ. 2. 3.*

toll. quæ alios continet modos, in *§. 3. & ſeqq.*

3. (c) Ex Servii Tullii inſtituto, manumiſſi omnes plena libertate & eodem jure, quo vetuſti cives, fruebantur, licet dignitate inferiores, Halicarn. *l. 4.* Sed Auguſtus libertinos curioſe diſcrevit, prope ut olim cives Romani differebant, Sueton. *Aug. cap. 40. §. ult. Inſt. de libert.* Nam Cives domicilium, tribum vel cenſum & jus honores capiendi, Romæ habebant, Sigon. *l. 1. c. 1. de ant. jur. civ. Rom.* Hoc perfectum jus amittebant, qui in Latinas colonias deducebantur, teſte Cicerone *pro dom.* licet cives omnino eſſe non deſinerent; ſed jure deteriori, & *cives ex Latio* vocabantur. Infimæ conditionis erant dedititii, *qui ſe, urbem, agros, delubra Deum, divina humanaque omnia in populi Rom. ditionem dederant*, quæ Campanorum ſe dedentium formula eſt apud Liv. *l. 7. c. 31.* Omnesque adeo provinciales hujus erant conditionis. Tales libertatem qualemcunque, at civitatem minime, retinebant. Sed hæc diſcrimina poſt bellum ſociale, per Italiam fere ſublata ſunt: Donec ab Auguſto eorum imago renovaretur in Libertinis, qui conſtituit; Ut primus manumiſſorum ordo eſſet Quiritium, ſeu civium Rom. & hi cenſu, vindicta, teſtamento creabantur, atque jus connubii, ſucceſſionis, commercii & ſuffragii habebant, *d. §. ult.* Ulp. *tit. 3.* Secundus ordo erat *Latinorum*, ad ſimilitudinem antiquæ coloniarum Latinitatis, ut ait Imp. *l. un. pr. C. de Lat. lib. toll.* Hi per vitam liberi & cives, in morte velut ſervi erant, bonis ad Patronos jure peculii devolutis, *§. ult. Inſt. de ſucceſ. libert.* Tales erant, qui per epiſtolam, inter amicos aut epulas, manumitterentur, Caj. *1. Inſt. 1.* & jus Quiritium conſequebantur principali reſcripto, prole, iteratione, militia, nave, de quibus Ulp. *d. tit. 3.* *Dedititios* & civium nomine indiguos cenſuit Auguſtus, qui in ſervitute ob crimina vincti, torti aut ſervilibus pœnis affecti fuerant, qui nec unquam jus Quiritium conſequi poterant, Sueton. *d. cap. 40.* Ulp. *tit. 3. §. 6.* Sublata ſunt hæc diſcrimina non tam ab Antonino, *in l. 17. D. de ſtat. hom.* junct. *N. 78. c. 5.* quam a Juſtiniano, *in l. un. C. de dedit. lib. toll.* cum *tit. ſeq.* Donec poſtremo vetuſtatem prorſus ſuo more ſuſtulit, extincto libertinorum ſtatu, ſalvo ut videtur, jure Patronatus, *N. 78. c. 5.* Moribus hodiernis harum rerum nulla ſupereſſe veſtigia, non eſt quod moneatur. *

TIT. VI.

De Lege Ælia Sentia.

L. Æl. Sent. duo capita & τοῦ μὴ ὄντος differentia ab eo quod reſcinditur. Exceptio a L. Ælia Sent. Requiſita ejus. Caput alterum Legis. Cauſæ juſtæ manumittendi & mutatio hujus capitis.

(a) SEquuntur duæ Leges, quibus licentia manumittendi reſtringitur, Ælia Sentia & Fuſia Caninia. Æliæ Sentiæ legis, quæ & dedititios invexit, *d. §. ult. de libert.* duo capita hic recenſentur. Primo, Libertas in fraudem creditorum ab eo, qui non eſt ſolvendo, data, ipſo jure nulla pronunciatur; hoc enim eſt *nihil agere, in princ. Inſt. quib. ex cauſ. man.* Nullum eſſe & reſcindi, conſtat terminos in jure oppoſitos eſſe. Nullum eſt, quod Lex ab initio invalidum facit, τὸ μὴ ὄν, efficaciter Græci veteres, τὴν μὴ οὖσαν δίκην, *Judicium nullum*, Demoſt. κατὰ Μειδίου. Julianus in Alex. Οὐκ ὄντες νόμοι, *Leges nullæ & irrita.* Reſcinditur, quod primo ſubſiſtens per remedium actionis infirmatur, quale nullum heic proditum eſt, ex ratione *§. 6. h. t. Quia libertas ſemel data, licet perperam, non retractatur;* tametſi aliarum rerum alienatio in fraudem creditorum facta, per actionem Paulianam reſcindatur, *l. 1. de his, quæ in fraud. credit.* Sed abuſive termini aliquando confunduntur, ſiquidem libertas etiam ex hac lege reſcindi dicitur, in *l. 5. §. 2. D. qui & a quib. man.* Quamdiu tamen creditores quieſcunt, manumiſſi pro Statuliberis habentur, ut tantiſper nullitas ſuſpendatur, *l. 1. de Statulib.*

* Hominibus propriis hodie plenariæ libertatis exercitium, quo emigrare alibique domicilium ſtatuere poſſint, per affrancamenta, Loß- und Abzugs-Briefe, concedi ſolet. Eorum productio in Luſatia ſup. quoque deſideratur, niſi emigrantes pro fugitivis haberi, nec alio in loco recipi velint, cujus nomine publica Joh. Georgii I. mandata de a. 1656. & 1668. extant in Corp. Jur. Luſ. ſuper. p. 396. & 399.

(c) *Poſ. 4. 5.* (a) *Poſ. 1.*

2. Ut autem impediatur libertas directe data, non ſufficit ex eventu liquere, facultates defuncti creditoribus non ſufficere, ſed animus & conſilium fraudandi concurrere, atque probari debet, *§. 3. h. t.* per fideicommiſſum vero data libertas, ſolo eventu revocatur, *l. 4. §. 19. in fin. de fideicomm. lib. l. 1. & ult. C. qui manum. non poſſ.* Ratio non eſt, quam aliqui reddunt, quia fideicommiſſum, nonniſi deducto ære alieno, præſtatur; nam hoc etiam in Legatis, quæ directo relinquuntur, obtinet, *§. 3. Inſt. ad L. Falcid.* ſed quia facilius turbatur manumiſſio, quæ non a Teſtatore facta, (ut cum directe ait; *Stichus liber eſt)* ſed ab herede adhuc facienda eſt, cum ait Teſtator, *Rogo te Heres, ut Stichum manumittas.*

3. Dominis, qui ſolvendo non ſunt, humaniter indultum eſt, ut unum e ſervis libertate præditum heredem faciant, *§. 1. d. t.* Qui, licet nulla libertatis mentio ſit facta, vi tamen inſtitutionis libertatem conſequitur, ex conſequentia voluntatis; quia quem heredem quis facit, huic & libertatem deſtinare præſumitur; quando heres nemo, qui liber non ſit, eſſe poteſt; qui vult antecedens, vult etiam neceſſarium conſequens, *§. 2. d. t. Inſt.* Ratio autem, cur hæc ſingularis manumiſſio dominis concedatur, eſt reputatio famæ poſt mortem. Nam ne bona, defuncti civis nomine, voci acerbæ præconis ſubjiciantur, repertum eſt, ut ſervus heres neceſſarius dicatur; cujus titulo Creditores bona diſtrahant, memoriæque domini eo modo parcant, *d. §. 1.*

4. (b) Alterum caput L. Æliæ Sentiæ eſt; ne minores annis XX. (minor definit hic eſſe, qui ſupremum diem attigit, *l. 1. de manum.* ſecus ac minor annis XXV. *l. 3. §. 3. de Minor.)* ſervum aliter quam vindicta, probatis apud conſilium cauſis, manumittant, *§. 4. eod.* quia ob lubricum ætatis, *vernarum* & veteratorum *blanditiis, εὐχερῶς ἀπατῶνται, facile decipiuntur,* ait *hic* Theoph. Conſilium eſt conſeſſus judicum, qui in urbe cogebatur, ex quinque ſenatoribus & equeſtris ordinis totidem; in provinciis ex viginti recuperatoribus, civibus Romanis, tempore Conventus, teſte Ulpiano *tit. 1. §. 8.* Conventum Theoph. *ῥητὸν χρόνον* appellat, *πρὸς κατάλυσιν τῶν δικῶν,* certum anni tempus, maxime hyemis, quo Magiſtratus, aut quibus id mandaſſent, a bellis feriati operam juri dicundo dabant, Sueton. *l. 1. c. 7.* Recuperatores erant judices in cauſis pecuniariis, quia per eos quisque debitum *recipiebat.* Theoph. *hic.* Hos Prætor *mittere in conſilium* dicitur, *paſſim* in Cicer. *& l. 2. de offic. ej. cui mand. l. 5. de man. vind.*

5. (c) Cauſæ juſtæ recenſentur in *§. 5. d. tit.* ſumptæ ex *l. 13. de manum. vind.* niſi quod ſervus ibi *capſarius,* etiam dignus libertate habeatur. Capſarius exponitur, *qui libros portat;* quo ſenſu Auguſtinus *comm. in Pſal. 41.* Judæos Chriſtianorum *Capſarios* vocat, item *ſcriniarios, bajulantes Legem & Prophetas, l. 12. contr. Fauſt. c. 23.* Poſtrema cauſa eſt, ſi quis ſervo, ut procuratore velit uti; is hunc manumittere poteſt, modo non ſit minor 17. annis, *d. §. in fin.* vel ut *l. 13.* habet, non minor 18. annis, quæ non pugnant, ſi annos ibi naturaliter, hic civiliter putes. Nam qui implevit annos 17. non eſt minor annis 17, & idem ingreſſus eſt annum 18, ergo nec minor annis 18. civiliter accepto tempore. Alibi, eſſe tot annos natum, & perveniſſe ad certum annum, differunt ut inchoatum & impletum, *l. 49. pr. de leg. 1. l. 74. §. 1. ad SC. Trebell.* Hoc loco conveniunt. De ætate Procuratorum res eſt alterius loci: tu ſaltem obſerva *ex hoc loco,* procuratorem, ſive ad litem ſit, ſive ad negotia, poſſe dari majorem annis ſeptendecim; * utcumque, ſcilicet annis 25, ſit minor. Cæterum, ætas manumittentium in teſtamento, primo ad ætatem in poſtulando receptam, id eſt 17. annos *§. ult. h. t.* poſtremo ad eam, quæ alias in teſtamentis & nuptiis ſufficit, ad annos 14. redacta eſt, *Nov. 119. c. 2.*

* In Saxonia ſi procurator 21. ætatis annum nondum exceſſerit, & adverſarius ei exceptionem minorennitatis objiciat, alius Procurator conſtitui debet, ſecundum Philipp. *ad Ord. Proc. Sax. T. 3. Conſ. 2. ubi præjudicium.* Carpz. *dec. 203.* Quod ex Jure Canon. c. de proc. 6. generaliter fere receptum eſſe, monet Hopp. *ad Inſt. h. t. ad* §. *5. Uſ. hod. 3.* Menck. *Tr. Synop. Proc. Jur. Communis & inprimis Sax. Electoral. Diſp. 4. ad O. P. S. Tit. III.* §. *2.* Nuperrimo quoque reſcripto regio & Electorali d. a. 1723. d. 12. Apr. ætas 21. annorum in procuratoribus judicialibus & Advocatis requiritur, ita ut minores, omiſſa licet ab adverſario exceptione, ab actis per Judicem ex officio repelli debeant. §. 1.

(b) *Poſ. 3.* (c) *Poſ. 4.*

Tit. VII.

De Lege Fuſia Caninia tollenda.

SEquitur altera libertati inimica Lex *Fuſia Caninia*, Accurſio a canina invidia ſic dicta, æque acute ac legem Falcidiam a defalcando derivat, ignarus Leges Rogatorum nominibus ferri. Lex Fuſia modum teſtamentariis manumiſſionibus ſtatuit; ut qui plures quam ſervos 10. non haberet, plus parte dimidia ne manumitteret; qui ad 30, ne plus tertia; qui ad 100. quartam; qui ad 500. non plus quinta, nec unquam plures quam *centum* Teſtator libertate donaret, etſi *nationes ſervorum* haberet, ut Tacit. 14. *Ann.* 44. *vid.* Ulp. *tit.* 1. Paul. 4. *ſent.* 14.

2. Juſtinianus improbavit hanc reſtrictam teſtandi licentiam, & legem *Fuſiam Caniniam* ſuſtulit, *hoc. tit.* quaſi iniquum ſit, morientibus prohiberi pro lubitu libertatibus indulgere, quod licebat vivis, *arg. l.* 1. *C. de SS. Eccleſ.* exemplo Milonis, qui trecentos una die ſervos manumiſit, Aſcon. *in argum. Milon.* Sed Auguſto hujus legis alia ratio conſtabat, ne crebris manuſſionibus civitatis Rom. honos vileſceret, ac *populum a ſervili colluvione incorruptum ſervaret.* Sueton. *Aug. cap.* 40. quod Juſtiniano Græco nihil curæ fuit. Solent autem effuſius moribundi ſervos, quibus uti nequibunt, quam ſuperſtites, dimittere. Parum ſtringit igitur Juſtiniani contra Auguſtum argumentatio; *Quod licet inter vivos, debet etiam in teſtamento licere.* Nam ubi diſpar, ut hic, ratio militat, non procedit. Exemplum in pupillo, qui tutore auctore inter vivos quidem poteſt, ſed non teſtamento alienare, & filiosfamilias, qui de rebus quibusdam paganis poteſt διοικεῖν, non διατίθεσθαι, *vivus, non mortis cauſa diſponere*, Nov. 117. *c.* 1. *§.* 1. Multis quoque populis generaliter hoc argumentum diſplicuit, hodieque & olim teſtamentariæ alienationes extra ſanguinem, pluribus, quam venditiones, legibus ſunt circumſcriptæ. * Id per ſe patet, argumentum Juſtiniani ultra hypotheſin non extendendum; *Idem jus in actibus inter vivos & teſtamentis eſt, quod ad poteſtatem alienandi.* Nam, quoad formam aliaque requiſita, nulli actus perinde contrarii ſunt, quam contractus & ultimæ voluntates, *l.* 20. *de V. S.* **

Tit. VIII.

De His, qui ſui vel alieni juris ſunt.

Poteſtas aliena duplex tantum, & an ulla maritalis. Quid juris ſit domino in ſervos, & ſervo adverſus dominum. Quo jure dominus ſervum vendere cogatur.

(a) SUccedit altera perſonarum diviſio, in eos, qui ſunt ſui, vel alieni juris. Sui juris qui ſint, negative definitur, nec poteſt aliter, *Qui non ſunt alieni juris.* Qui alieno juri ſubjecti ſunt, patria poteſtate vel dominica continentur, *pr. Inſt. de his, qui ſui vel al. jur.* Plures quam hæ duæ ſpecies non dantur, quia vox poteſtatis ſtricte & κατ' ἐξοχὴν hic ſumitur, cum reſpectu ad familiæ ſubjectionem, ut nec Magiſtratui nec tutoribus conveniat; ſed ne maritis quidem; Uxor enim æque ſui juris eſt quam vir. Enimvero Jus civile Viro imperium domus ex prærogativa ſexus & jure gentium relinquit, *l.* 195. *§.* 2. *l.* 196. *pr. de V. S.* ſed quod ad effectus legales attinet, non habet uxorem in poteſtate maritus. Ipſa quoque Socia & Domina dicitur, *l.* 1. *D. rer. amot.* Duæ tantum domeſticæ ſubjectionis ſpecies ſunt cognitæ, ſervorum & filiorum ſam.

2. (b) Jus Dominorum in ſervos, vel circa res, vel eorum corpora verſatur. De priore ſatis conſtat, ſervos nihil habere ſuum, ſed omnia Dominis acquirere, *§.* 3. *infr. per quas perſon. cuique acquir.* de quo *in loco.* De poſteriore hic agitur, quod minime tam eſt amplum hodie, quam fuit olim. Veteres enim jus vitæ neciſque in ſervos abſolute, etiam ſine cauſa juſta ha-

* Ita Jure Saxonum Geradam vendi & donari poſſe certum eſt, licet ob jus cognatæ quæſitum ultima voluntate niſi illa conſenſerit, de ea diſponere, prohibeat *P.* 2. *Conſt. El.* 14. ubi vid. poteſt Carpz. *def.* 1. & 4. Moller. pr.

** Conf Ephr. Gerhard diſſ. d. Lege Fuſia Caninia Jen. hab.

(a) *Poſ.* 1. 2. 3. 4. (b) *Poſ.* 5. 6.

bebant

Digitized by Google

bebant, quod Imperator *§. 1. h. t.* ex Cajo *l. 1. §. 1. D. h. t.* omnibus peræque gentibus ait commune fuiſſe; quod fides hiſtoriæ temperandum monet, quia multis hoc rigidum jus diſplicuit, de quibus Bodin. 1. *republ. 5.* Pro *omnibus* igitur exaudi, *multis*, ut Dion. Pruſ. *orat. 15.* de hac ipſa re, *παρὰ πολλοῖς καὶ σφόδρα εὐνομουμένοις*, *apud multas gentes optimis legibus utentes*, ait hoc ſummum jus valuiſſe. Quod autem jus & poteſtatem necandi ſervos habuiſſe dicuntur domini, non de interna juſtitia, ſed de jure externo & impunitate accipiendum. Juſte enim, niſi capitale ob crimen, humanum ſanguinem nemo fundere poteſt, nec herus neque Rex, Seneca *lib. 1. de Clem. c. 18.* neque ſævire præter meritum, etſi intra mortem. Unde D. Adrianus Umbriciam matronam relegavit, quod ex leviſſimis cauſis ancillas atrociſſime tractaſſet, *l. 2. π. in fin. h. t.* Idemque poſtea generaliter eſt vetitum, adeo ut quisque de ſervi proprii cæde non minus quam alieni teneatur, *§. 2. h. t.* imo nec verborum vulnerumque atrocitas, ſed modica tantum coërcitio permittitur, *l. un. C. de emend. ſerv.* (c) Contra majorem aſperitatem ſervis patet aſylum (*τὸ ἄσυλον* eſt inviolabile refugium) apud ſtatuam Principis, unde abſtrahi nequeunt; ſed magiſtratus, ſi intolerabilem ſævitiam deprehendat, ſervos a dominis vendi jubet, *d. §. 2. & l. 2. h. t. l. un. C. de his, qui ad ſtat. princ.* idque *bonis conditionibus*, id eſt, juſto pretio, quod requiſitum venditionis publice imperatæ tradit, *l. 12. in pr. de relig.* vel, *bonæ* conditiones opponuntur *duris*, quales irati domini crebro venditionibus ſervorum imponunt, *ut exportentur*, ne *manumittantur* &c. *l. 25. de Statulib.* Theoph. *hic.* Fuerunt igitur aſyla apud Romanos, fuere apud Hebræos pro homicidis involuntariis, qui vindicem ſanguinis fugiebant, *Num. 35. Deut. 19. Joſ. 20.* Nobis hodie nihil opus eſt ejusmodi refugiis; nec enim ejusmodi ſanguinis vindices, aut dominorum ſævitiam, habent homines quod extimeſcant.

3. (d) Neceſſitas vendendi ſervum hoc caſu, extra ordinem, ob publicam utilitatem dominis imponitur; *expedit enim Reipubl. ne quis re ſua male utatur, d. §. 2.* Regulariter nemo cogitur rem ſuam vendere, *l. 11. C. de contrab. empt.* ne quidem juſto pretio, *l. 9. de act. rer. amot.* ſuarum enim quisque rerum liber eſt arbiter & moderator, *l. 21. C. mand.* quod jus a principe tolli nequit: Reipubl. habet ille imperium, quod dominio privatorum nihil officit. *Ad Reges*, ait Seneca 7. *de benef. 4. poteſtas omnium pertinet, ad ſingulos proprietas;* cui non obſtat jus Regium, quod *lib. 1. Sam. c. 8. v. 11. & ſeqq.* deſcribitur. Nam jus illud aut eſt mos & inſtitutum Regibus uſitatum, aut eſt Jus quale Prætor facit, quando inique decernit, *l. 11. de Juſt. & Jur.* non *jus*, id eſt, regula recti, verum quod ſubjectos obliget ad patientiam; ſicuti liberi parentum ferre coguntur injurias.

SCHOLIUM.

Tres de jure Regio Samuelis ſunt ſententiæ; I. *Per id indicari nudum factum & quid futurum ſit dato Rege, quam ſententiam Miltoni & Limnæi refutat Henning. ad* Grot. I. 4. 3. II. Grotii *d. l. ſubinnui ibidem a Samuele factum, quod effectum juris, ſcilicet non reſiſtendi licentiam habeat*, quæ opinio etiam videtur eſſe Auctoris. III. *Jus illud regium eſſe verum jus, defenſa a Magnif. D. Zieglero* ad d. l. Grot. *Bœclero ibid. cum quo & nos facimus.*

RESPONSIO.

Quo minus huic ſententiæ adſtipulari liceat, diximus in lib. 1. de jur. Civit. Cap. 13. & *dicetur accuratius in editione ſuo tempore renovanda* ξὺν Θεῷ.

N. ADDIT.

Controverſia ipſa cum ad Jus Juſtinianæum parum pertineat, & ipſe Autor etiam ad alium tractatum ſe remittat, nec a nobis ulterius urgebitur, præprimis cum plurimæ in explicatione juris illius regii occurrant difficultates, quamcunque ſententiam arripias. Hinc in Scholio adjeceram citationem Martini Schokii de quadruplici lege regia ſect. 2. c. 2. ſeq. *Cui adde integrum tractatum Joh. Wandalini* de Jure Regis Iſraelitici, *Schickardum* de Jure Regio Ebræorum c. 2. theor. 7. p. 160. *ubi docet, ipſos Judæorum eruditos hic ſectas facere.*

Sed Princeps, urgente publica neceſſitate vel utilitate, de civium rebus, dominis invitis, diſponere poteſt; quandoquidem præſumpto generis humani conſenſu, cum dominia ſunt introducta, receptum eſt ſine dubio, *cedere jus privatorum debere totius populi commodo.* Dominium eſt juris voluntarii, nec ulterius, quam fert populorum voluntas, extenditur. Hoc jus Reipubl. Grotius *Dominium eminens* vocat, *l. 1. de*

(c) *Poſ. 7. 8.* (d) *Poſ. 9. 10. 11.*

J. B. & P. c. 1. n. 6. aptius, quam alii diſtinguunt inter poteſtatem Regis *ordinariam & extraordinariam.* Quia tamen populi id quam minimo ſingulorum damno videntur fieri voluiſſe, pretium aut continuo præſtari, aut poſtea dominis reſtitui debet. Grot. *l. 2. c. 14. n. 7.*

Tit. IX.
De Patria Poteſtate.

Cujus juris ſit Patria poteſtas. Specialia illius juris. De poteſtate in nepotes. Cauſa illius juris.

(a) CUm familiæ imperium naturæ conveniens & a nulla non gente receptum ſit, dubium non eſt, quin origo Patriæ poteſtatis juri gentium debeatur, ut prolixe Bodinus probat, *1. de Rep. 4.* inſectatus noſtros, quaſi diſſentiant. Sane Cajus in *l. 1. de his, qui ſui vel al.* cum de jure dominorum dixiſſet, *quæ quidem poteſtas juris gentium eſt*, ſubjungit in *l. 3.* de jure in liberos, *quod jus proprium civium Romanorum eſt.* Eadem ſunt in *§. 1. Inſt. eod. tit. & §. 2. de patr. pot.* Sed dicendum, Patriam poteſtatem eſſe quidem juris civilis, verum *mixti*, cujus origo eſt naturalis & gentium, ſed cui lex plurimum addit, nec alia mens *Juſtiniano* in *d. §. 2.* cum *nullos*, ait, *homines talem habere in liberos poteſtatem*, qualem *nos habemus.* (b) Matri pro ſtatu mere Naturali par quidem poteſtas ac Patri debetur, qua de re dix. *lib. 2. Digreſſ. c. 3.* ſed ordinis cauſa præfertur Patris, ut præſtantioris Imperium, ἡ γὰρ ἰσοτιμία μάχην ποιεῖ, *Æqualitas pugnam facit.* Chryſoſt. *1. ad Corinth. XI. 3.* Quæ tamen ſexus prærogativa nil niſi *ordinem* civilem ſpectat, *reverentiam* matri jure Naturæ & divino debitam minime lædit, ſecus quam D. A. Matthæus colligit *diſp. 7. fundam. jur.*

2. (c) Specialia patriæ poteſtatis jura, tam res liberorum quam ad perſonas ſpectant. Ad *res* 1. Quicquid filius (ex peculio profectitio) acquirit, id Patri quærit, *§. 1. I. per quas perſ. acquir.* Pater habet uſumfructum in bonis filii adventitiis, *l. 1. C. de Bon. mat.* Filius de bonis ſuis teſtamento diſponere nequit, *pr. Inſt. Qui teſt. fac.* Pater impuberi dat heredem, *§. 4. Inſt. de pup. ſubſt.* *Ad perſonas* primo refertur regula, Pater & filius una perſona videntur, *l. ult. C. de impub. & al. ſubſt.* hinc ſuus heres filiusfam. eſt Patri, *§. 2. infr. de her. qualit.* Nulla inter eos obligatio *§. 6. Inſt. de inutil. ſtipul.* nulla lis eſſe poteſt, *l. 4. de judic.* Pater filiof. tutorem dat teſtamento, *§. 3. infr. de tutel.* Nuptias filiusfam. ſine Patris aſſenſu contrahere nequit, *princ. Inſt. de Nupt.* Præterea Pater olim jus vitæ necisque in liberos & ter eos vendendi exercebat, teſte Halicarnaſſæo *in l. 2.* & A. Gell. *l. 17. c. 19. l. 11. de Lib. & poſth.* non obſtante *l. f. C. de Patr. pot.* quam de medii temporis conſuetudine accipere licet. Utriusque juris veſtigium hodieque ſupereſt; *Primi* in *l. 20. ad L. Jul. de Adult.* ubi Pater filiamf. in adulterio deprehenſam impune occidit, quod eſſe jus Patris, liquet inde, quia non idem maritis licet, *l. 1. §. ult. ad L. Corn. de Sic. Secundi*, in *l. 2. C. de Patrib. qui fil. diſtrax.* ubi pater extrema egeſtate ſubactus filium vendere poteſt *ſanguinolentum*, id eſt, recenter natum, adhuc a matre rubentem. Juven. *Sat. 7.* ut explicat Cujac. *in parat. C. d. t.* & probat multis Gothofred. ad *d. l. 2.* Rationem, cur non idem in adultos licuerit, reddidimus *lib. 2. Digreſſ. c. 5. ubi de toto negotio.*

3. (d) Hæc aliaque jura non modo in filios filiasque, ſed & in nepotes ex filiis competunt, *§. ult. Inſt. de patr. pot.* Siquidem nec nuptiis, nec ſeparata habitatione, ut *infra* videbimus, patria poteſtas jure *Romano* ſolvitur. Sed filia noſtra nubendo, quia pars fit alienæ familiæ, & liberos marito parit, qui ſunt in hujus ut Patris ejus poteſtate, non poteſt nobis poteſtatem præſtare; verum ejus liberi ſunt in poteſtate Patris eorum, *d. §. ult.* quippe imperia domeſtica penitus confunderentur, ſi diverſi Patresfamiliarum jus ſuum in eosdem exercerent. Hinc fœmina dicitur *finis* paternæ familiæ, quam propagare incipit, *l. 195. §. ult. de V. S.* Ipſa alioqui filia manet in poteſtate Patris ſui, *§. 2. infr. ad Sc. Tertull.* quanquam olim, ſi conventione in manum mariti nupſiſſet, in viri poteſtatem tranſiret, Dionyſ. Halic. *lib. 2.* Sigon. *1. de jur. civ. Rom. c. 9.* Moribus hodiernis Patriam poteſtatem ejusque effectum in deſuetudinem abiiſſe, teſtatur Gudelinus, *1. de jure noviſſ. c. 13.* Sed *apud Friſios Patria poteſtas plenum vigorem obtinet; cum omnibus effectibus ipſi in jure attributis*, ait

(a) *Poſ. 1.* (b) *Poſ. 10.* (c) *Poſ. 2. ſeqq.* (d) *Poſ. 11. 12.*

Sand.

Sand. *lib. 2. tit. 7. defin. 1.* De moribus aliarum gentium vid. D. Voet. *ad tit. Inſt. de Patr. pot. n. 5.* * At in Nepotes Avi poteſtas hodie nulla eſt, ** quia Nuptiis per univerſam Europam Patria poteſtas ſolvitur; Nec reviviſcit, matrimonio liberorum ſoluto, quia quod ſemel extinctum eſt, ſine nova cauſa non poteſt renaſci; proinde viduæ nihilo magis in poteſtate ſunt quam nuptæ, ſeu minores ſive majores annis xxv. Auctores vid. apud D. Voet. *ad tit. Inſt. quib. mod. Patr. pot. ſolv. in fin.*

4. (c) Cauſa præcipua conſtituendæ patriæ poteſtatis, eſt matrimonium ſive nuptiæ, *pr. I. de patr. pot.* Naturaliter quavis quidem generatione poteſtas Parentibus, modo certi & noti ſint, comparatur; ſed quia pater, niſi ex nuptiis, certo cognoſci non videtur, ideo & *Civili* & *Gentium* jure, patria poteſtas ad conjugium reſtringitur: Quia tamen Legitimationi & Adoptioni, effectus nuptiarum legibus tribuitur, ideo tres modi acquirendæ patriæ poteſtatis ſunt proditi, *Nuptiæ*, *Legitimatio*, & *Adoptio*; de quibus ordine deinceps.

Tit. X.

De Nuptiis & Legitimatione.

Definitio Nuptiarum & genus explicatum. Nuptias non eſſe Contractum. De polygamia duplici. Quid ſit individua &c. Sponſalia & eorum diviſio. Requiſita Nuptiarum. Primum de civitate exponitur. Item ſecundum de ætate. Tertium, de conſenſu Parentum. De vi ratihabitionis. Matres & Curatores nihil habere poteſtatis in nuptiis. Quartum, de ſanguine. Item de affinitate Prohibitiones extraordinariæ. Effectus prohibitionis. De Legitimatione.

(a) Nuptiæ ſive matrimonium, (ſæpe nuptiæ pro feſtivitate nuptiali ſumuntur, ut *l. pen. de don. int. v. & ux.*) ſunt *viri & mulieris conjunctio*, *individuam vitæ conſuetudinem continens*, *§. 1. d. t. de patr. pot.* Vox *conjunctio*, non tam actum conjungendi, qui per conſenſum fit; ut volunt, qui nuptias faciunt contractum; quam ſtatum conjugii exprimere videtur, ut in *l. 1. de rit. nupt.* explicatur *conjunctio* per *conſortium omnis vitæ*; verbalia in *io* deſinentia ſæpe continuitatem, non actum tranſitorium notant, ut Cicero Bellum definit *Certationem per vim*; Sic *1. off. c. 36.* In bello movendo ſuprema fuit apud priſcos Romanos *obſervatio*, id eſt, perpetuum obſervandi inſtitutum. Et *poſſeſſio* JCtis jus & ſtatum poſſidendi ſignificat; &c. Verum tamen eſt, ſolo nuptias conſenſu perfici: aptitudo quidem ad generandum, eſſentiale matrimonii requiſitum eſt, concubitus ipſe non ad *perfectionem*, ſed ad *implementum* pertinet, *l. 30. d. R. J. l. 15. de Cond. & D. l. 4. de fid. Inſtrum.* Ritus deducendi ſponſam in domum mariti, receptiſſimus quidem fuit, ut in domum *ducta* paſſim pro nupta uſurpetur, *l. 68. l. 69. §. 3. de jur. dot. &c.* Neque tamen perficiebat eſſentiam nuptiarum, ſed jam perfectis ſuperveniebat, non modo recentiori *Cod.* jure, *l. 22. C. de Nupt.* ſed & vetere *Pandectarum*, *l. pen. in pr. de don.*

* Apud Saxones quoque Jura Poteſtatis Patri ſalva eſſe, ‡ non modo patet ex *Dec. El. 27.* quæ vinculum unitatis inter Patrem & Filium agnoſcit, conf. Landr. L. 1. a. 10. & *Dec. El. 62.* quæ Patri Uſumfructum vi patriæ poteſtatis vindicat, ſed & expreſſa ſanctione *P. 2. Conſt. Elect. X.* id cautum eſt. conf. Thomaſ. d. Uſ. jur. patr.

‡ Cujus Poteſtatis vi Pater legitimam in Judicio ſtandi perſonam nomine liberorum habet, mandatarium quoque conſtituit, & omnes actus, etiam quæ ſpeciali mandato indigent, rite ſuſcipit, peragitque, niſi maternorum bonorum cauſa, vel alia ex ratione, iiſdem liberis peculiaris curator conſtitutus ſit, quo caſu curator hic in iis rebus, quarum gratia conſtitutus eſt, curandorum ſuorum nomine in Judicio comparet. *Ordin. Proceſſ. Saxon. Elect. Illuſtr. & Emend. Tit. IX. §. 1.*

** Nuptiis filii, ait Autor, per univerſam Europam Patriam poteſtatem extingui, ſed noſtris moribus, niſi filius œconomiam peculiarem inſtituat, ſecus obtinet, adeoque contingere poteſt, ut etiam hodie in Avi poteſtate nepos naſcatur. vid. Thomaſ. *ad Strauch. Diſſ. 4. th. 26.* Id. d. quaſ. emanc. German. §. 45. conf. Schuberth. d. redintegr. patr. poteſt. §. 2.

(c) *Poſ. 3.* (a) *Poſ. 1. 2. 3.*

inſ.

int. vir. & ux. nec obſtant *d. l. 15. l. 24. C. de Nupt. l. 6. C. de donat. ante Nupt.* his enim non traditur, quid nuptias perficiat, ſed quod extranei de nuptiis futuris loquentes, eas tali tempore præſumpſerint extituras, quo publice de illis conſtaret. At in *l. 6. de rit. nupt.* verius eſt, nihil quam formam deductionis abſente marito faciendæ, naturam vero matrimonii nullo modo doceri. Diximus hac de re latius in *lib. 5. Digreſſ. cap. 11. & ſeq.* Ejus loco, Chriſtianis moribus publicatio & *Copulatio eccleſiaſtica* recepta eſt, quæ tamen nec ipſa ad eſſentiam, nec quidem ad neceſſitatem nuptiarum pertinet, ſed absque ea matrimonium & liberi juſti intelliguntur, *niſi lege municipali nullitatis pœna neglectui impoſita ſit*, ut apud *Batavos*, at in *Friſia* factum non eſt, pœna duntaxat pecuniaria ſpernentibus ἱερολογίαν impoſita. Sand. *lib. 2. tit. 1. Def. 1.* *

2. (b) Igitur nuptiarum genus eſt, *maris & fœminæ conjunctio*. Donellus 13. *Comm. c. 18.* prolixe matrimonii genus eſſe contractum, & quidem ſocietatis contendit, quem alii, nuperque Vinnius *l. 2. Partit. c. 21.* ſequuntur, quia contrahi dicatur, *pr. Inſt. de nupt.* & conſenſu utique ut contractus ineatur, *t. præced.* Uxori ſocietas tribuitur, *l. 1. de act. rer. amot.* ſocietas, conſortium voluntarium, *l. 52. §. 8. D. pro ſoc.* idem matrimonium, *l. 1. de rit. nupt.* imo contractus differre in *l. ſ. C. de Repud.* Vere tamen *Contractus* ad dandum vel faciendum, & de his, quæ locupletiores nos faciunt, & eo quod intereſt, quod habet rationem pecuniariam, ſunt conſtituti, *§. 18. Inſt. de inutil. ſtipul.* Sed nemo eſt locupletior, quod uxorem habeat; nec animorum illa & corporum conjunctio civilem ejus quod intereſt rationem continet. Convictus & conjugalia officia, non ſunt res commercii, de quibus contrahitur, ſed mere perſonalia, quæ ad primum Juris objectum referuntur; nec utique actionem ſui nominis producunt nuptiæ, ut ſolent nominati contractus. Neque mens fuit veterum nuptias referre inter contractus, nec adeo contractus ſunt. Si dicas igitur, matrimonium eſſe conventionem nominatam, & hanc eſſe *contractum*, *l. 7. in pr. & §. 1. π. de Pact.* regeram, adeſſe debere materiam, ut dixi, habilem commercii, ut nomen & definitio contractuum applicetur.

3. (c) Numero ſingulorum *Vir & mulier* ponuntur, excludendæ polygamiæ gratia, non modo ne plures maritos una materfamilias habeat, ut Romæ olim matronæ flagitabant, Gell. 1. *c. 23.* quod abſurdiſſimum eſſe, natura & civilis ratio docet, nec usquam in mundo receptum fuiſſe legitur: Sed etiam, ne vir plures ſimul fœminas ducat, quod nunquam Romæ licuit, *§. 6. Inſt. h. t. l. 2. C. de inceſt. nupt. l. 18. C. ad L. Jul. de Adult.* nec jure divino licet, ut Beza probat *tract. de polygam.* diſſentiente ex parte Grotio, *l. 2. c. 5. n. 9.* Hæc ſimultanea eſt polygamia, ut vulgo; Succeſſiva, id eſt, ſecundæ nuptiæ, cum priore elata ducitur alia, omni jure permiſſa eſt, *l. 4. pr. C. de bon. q. lib. Rom. 7. v. 3. 1. Corinth. c. 7. v. 39.* Nam quæ pœnæ jure civili in eas conſtitutæ dicuntur, *tit. C. de ſec. nupt.* non ſunt proprie tales, id eſt, coercitiones & vindictæ, ſed remedia, quibus prioris matrimonii liberis conſulitur, ut eſt, ne conjugi ſecundo plus quam uni ex prioribus liberis relinquatur, *l. 6. C. de ſec. nupt.* ut parenti δευτερογάμῳ auferatur proprietas eorum, quæ a priori conjuge liberisve adeptus eſt, uſufructu tantum retento, *l. 3. 4. 5. cum Auth. C. eod.* **

4. (d) Hucusque de genere, *Viri & mulieris conjunctio*. Sequitur differentia; *individuam vitæ conſuetudinem continens*. Non complectitur omnia nuptiarum requiſita, ut conſenſum parentum, religionem ſanguinis, aliaque; nec opus eſt, quia naturam matrimonii ab aliis rebus diſtingui ſufficit. Vocem *individuam* plerique de ſcopo & voto contrahentium, non de eventu

* In Saxon. liberi ante copulam ſacerdotalem nati, non aliter habentur pro legitimis, quam ſi publica præceſſerint ſponſalia, *Dec. Elect. 49.* ibique Phil. *Obſerv. 1.* ita tamen, ut ſponſa æque ac ſponſus propter anticipatum concubitum & neglectum copulæ ſacerdotalis, ad carcerem, pœnitentiamque eccleſiaſticam condemnentur, aut alia arbitraria pœna afficiantur. conf. Die Churſl. Sächſ. Kirchen-Ordnung *rubr. gen.* Von Ehe-Sachen. *ſpec.* Von Strafe der Unzucht und des Ehebruchs §. Wo zwo verlobte Perſonen ꝛc.

** Apud nos pœnas iſtas ſecundarum nuptiarum, quæ *l. 1. l. 3. l. 5. l. 6. C. de ſec. nuptiis* recenſentur, ceſſare, Carpz. *P. 2. C. 43. D. 14.* & Berlichius *P. 3. C. 29. n. 16.* docent. conf. Landr. L. 1. a 5. Interim feſtinatam nimis & præmaturam ſecundi conjugii celebrationem, merito ſua manet animadverſio.

(b) *Poſ. 4. 5.* (c) *Poſ. 7.* (d) *Poſ. 6.*

expli-

explicant, quia crebro nuptiæ divortiis ſolvuntur, jure Rom. præſertim, *tot. tit. C. de Repud.* Ego malim hoc verbum ad arctitudinem ſocietatis, ut exponitur in *l. 1. de rit. nupt.* quam ad perpetuitatem temporis referre; ut ſocios dicimus *individuos*, qui arctiſſime, non qui ſemper ſunt juncti. Sic Tacitus, Tiberii *individuum* ab ipſo oppreſſum memorat, amicum utique non perpetuum, *6. Annal. c. 10.*

5. (e) Priusquam requiſita Nuptiarum explicentur, de Sponſalibus dicendum, quæ præcedunt nuptias. Definiuntur in *l. 1. de Sponſal.* mentio & repromiſſio futurarum nuptiarum. Unde liquet, nulla eſſe, niſi de futuris nuptiis ſponſalia. Jus Canonicum alia *de præſenti*, alia de futuro introduxit, *cap. pen. x. de Sponſ.* Illa, quæ verbis præſentis temporis, *duco te*, *nubo tibi*, hæc, quæ temporis futuri verbis, *Ducam te*, *nubam tibi*, concipiuntur. Sed præſentia, cum purum in nuptias conſenſum exprimant, ex uſu Juris civilis nihil a matrimonio differunt, nec quidem Jure Canonum, *cap. 1. cauſ. 27. quæſt. 2. Matrimonium non facit coitus, ſed voluntas:* Idem eſt in *c. tuæ fraternitati. 25. de ſponſal.* Et coitus poſt nuptias contractas accedere dicitur, *d. cauſ. 27. q. 2. cap. 35. & ſeq.* Proinde Sponſalia de præſenti & matrimonium faciunt unum idemque, adeo ut differant tantum nominibus & quod ad ſcopum conſummationis, quæ Canonum auctoritas in mores abiit. Nam omni die Sponſi abuſive dicuntur ante copulam, qui matrimonium contraxerunt. Denique, eſt ita fortaſſe, quod inter jus Civile, Canonicum, & mores hodiernos, parum aut nihil ſit diſcriminis hac parte, quemadmodum late diſputavimus *L. 2. Digreſſ. c. 7. & ſeqq.*

6. (f) Cæterum, *Nuptiæ debent eſſe juſtæ*, id eſt, ſecundum præcepta Legum contractæ, *h. princ.* unde *juſta* uxor *l. 31. de rit. nupt.* eadem quæ legitima uxor, *l. 4. eod.* Præcepta legum ad quatuor capita referuntur; 1. ad jus civitatis, 2. ætatem habilem, 3. conſenſum tam contrahentium, quam Parentum, 4. ad honeſtam ſanguinis & adfinitatis diſtantiam.

7. (g) Ad primum quod attinet, Romanus civis nunquam niſi Romanam uxorem habere poterat, *pr. I. de nupt.* Nam peregrini jure quidem Gentium & domeſtico, ſed Romano nequaquam, nuptias contrahebant, (quibusdam tamen ex Latio cum populis connubii jus videtur fuiſſe communicatum,) multo minus ſervile contubernium titulo, nedum jure, connubii gaudebat. Sigon. 1. *de jur. civ. R. c. 9.* Hinc igitur deportata deſinit eſſe nupta, *l. 56. de Sol. matrim.* ſcil. quod ad civiles effectus attinet, *l. 13. §. 1. de donat. int. V. & Ux. l. 17. §. 4. ad SC. Treb.* etiamſi conſuetudo vitæ, quæ juris Gentium eſt, manere poſſit, *d. l. 13. §. 1. l. 1. C. de repud.* Verum hoc diſcrimen inter Romanos & peregrinos, poſt *l. 17. de ſtat. hom.* vulgato civitatis honore, exiguum habuit uſum, & noſtris moribus nullum,* quod ſimplicitati juris Gentium melius congruit.

8. (h) Secundum præceptum eſt, in maſculis, *pubertas*, in feminis *viripotentia*; quarum tempus Natura in univerſum non ſignavit: Unde & Jus Canonicum nuptias iis indulget, qui ex habitu corporum capaces earum reperiuntur, *c. 3. §. ult. de ſponſal. impub.* Sed noſter Legislator, ne obſcura divinatione vel exploratione indecora laboraret, rem certo annorum numero adſtringere maluit, non ut in puncto naturam exprimeret; ideoque, pubertatem annis 14. viripotentiam 12. definivit, ** *pr. Inſt. quib. mod. tut. fin.* (rationem diſparitatis in ſexu dix. in *l. 2. Digreſſ. c. 13.*) ut hoc eſſet ſpatium, intra quod nuptiæ plane prohibeantur, poſthac ſint licitæ, ut tamen prudentiæ ſingulorum relinquatur, ne, præter quam expediat, accelerentur: quales reprehendit Imperator in *Nov. 100. c. 2.* τὺς σφόδρα τάχιστα συναλλάττοντας γάμον, inquit. Imitandi Germani, *apud quos ſera juvenum Venus, eoque inexhauſta pubertas, nec virgines feſtinabantur*, Tacit. *Germ. c. 20.* Cæterum, tempus hic Juſtinianus naturaliter computat, non ut annus vel dies cœptus pro impleto habeatur, qui civilis eſt calculus, ſed oportet exceſſiſſe annum 12. vel 14. Τὺς μὲν ὑπερβεβηκέναι· τὰς δὲ μείζους εἶναι, *hos quidem egreſſos, illas vere majores dictis annis*, ait Theoph. Recte igitur hoc requiſitum ad ætatem refertur.

SCHOLIUM.

Non tam ætas, quam potentia generandi, in

* In Germania ſedulo ad religionum diverſitatem in deſponſandis obviam reſpiciendum, unde inter perſonas toleratæ religioni addictas matrimonium juſtum eſt.

** In Germania maſculis ante annum 18. cum & in iis facultas alendi familiam deſideretur, matrimonium haud facile permittitur.

(e) *Poſ. 8. 9. 10.* (f) *Poſ. 12.* (g) *Poſ. 13.* (h) *Poſ. 14.*

qua præter ætatem adſpicitur etiam ſanitas & integritas corporis. *Strauch.* Diſſ. 20. th. 10. *De hoc requiſito hanc tene regulam; Ubicunque ſpes eſt, per media naturalia generationem ſobolis obtineri poſſe, ibi nuptiæ ſunt permittendæ, ut in ſenibus ſterilibus, ſpadonibus. Ubi vero certum eſt, naturaliter obtineri non poſſe generationem, nuptiæ non ſunt admittendæ, ut in Eunuchis, ut in arcta.* Conf. not. ad Strauch.

RESPONSIO.

Hoc ſcholion ſupplendi potius, quam notandi cauſa videtur eſſe adjectum. Nam de ætate nimis evidens res eſt. Suppletio per me ſubſiſtat.

N. ADDIT.

Ego vero ad iſtam ſuppletionem jam illud obſervo, quod prior pars regulæ in Scholio traditæ multas adhuc diſpectiones admittat. Uſus quidem tum fui illa regula, eamque inculcavi etiam in Inſtit. Juriſpr. div. l. 3. c. 1. n. 71. ſeq. & c. 2. n. 188. ſeq. *ad defendenda conjugia ſenum. Sed melius tamen defenditur, conjugia ſenum cum juvenculis & vetularum cum juvenibus, repugnare honeſtati naturali.* vid. emendat. inſtit. juris div. ad fundam. nova juris nat. & gent. d. l. 3. c. 2. n. 30. ſeqq.

9. (i) Tertio, requiritur conſenſus, non modo ipſorum contrahentium, ſed etiam Parentum; * quod tam civilis ob publicam utilitatem, quam naturalis, ob gratitudinem, ratio ſuadet, ait Imp. *in princ. Inſt. de Nupt.* Naturæ ſuaſionem Lex civilis in neceſſitatem, quod ad Patrem, convertit, ut nuptiæ, conſenſu Patris neglecto, ſint ipſo jure nullæ *d. princ.* juncto *§. 12. eod. l. 2. de rit. nupt.* modo pater exercitium poteſtatis ſuæ habeat; nam furioſi filia, curatoris Paterni, & propinquorum ac magiſtratus conſilio nubere poteſt, ac etiam filius; de quo olim dubitatum, quia plus præjudicii familiæ patris, ducta in eam uxore, quam filia creat, quæ nubit extra domum, *l. 25. C. de Nupt.* Idem eſt, ſi pater per triennium captivus aut deſideratus fuerit, vel etiam ante triennium, ſi conditio ſit talis, quæ Patri ſine dubio placitura ſit, *l. 9. 10. & 11. de rit. nupt.* Jure divino hoc requiſitum æque neceſſarium, actumque alias irritum eſſe, contra Grotium *d. l. 2. c. 5. n. 10.* rectius ſtatuitur. Jus enim Parentibus *elocandi* filias aut *ſervandi* datur, τηρεῖν ἢ ἐκγαμίζειν, ait Apoſt. *1. Corinth. 7. v. 37.* idem *Deut. 7. v. 3.* Adde, quod Pater corruptori filiæ uſum matrimonii concedere vel negare, pro lubitu poſſit, *Exod. 22. v. 17.* denique adde *arg. c. ult. in pr. lib. Jud.* ubi tribus Benjamin extinguenda fuiſſe narratur, quia Patres reliquarum tribuum juraverant, ſe nulli ex illa filias ſuas eſſe daturos in matrimonium. Hanc gravitatem Juris Divini & Civilis, Pontifices non videntur imitati; *Sufficiat*, ajunt, *ſecundum Leges ſolus eorum conſenſus, de quorum conjunctionibus agitur, c. ſufficiat. ca. 27. q. 2.* & Raptor, qui mulieris habet conſenſum, licet Parentes reclament, non tenetur, *c. cum cauſa X. de rapt.* quod ſi conjugium non valeret, nihil repetenti Patri obſtaret, *ut infr.* Licet alii textus conſenſum *Parentum frequenter commendent, cauſ. 30. qu. 5. c. aliter. c. noſtrates. c. qualis. c. ſponſus. Item cauſ. 32. q. 2. c. non omnis. cap. honorantur. & cap. ult.* ſed & alia ſunt in iis locis, unde liquet, ne conſenſum quidem adeo requiri neceſſario, ut matrimonium, eo neglecto, ſit nullum, adde *c. per tuas. 6.* Cæterum, conſenſus Patris tacitus ſufficit; nam ſi ante concubitum Parentes matrimonium publice promulgari & legitime celebrari patiantur, hæc non ratihabitio, ſed conſenſus initialis videtur, ut Sandius tradit *lib. 2. tit. 2. defin. 2.* Quod cum Jure noſtro conſentit. Etſi enim in *princip. Inſt. de Nupt.* juſſus Parentis *præcedere debeat*, hoc tamen ita accipiendum, ut ſufficiat ſciviſſe, nec contradixiſſe parentem, *l. 5. §. 1. de ſponſal. l. 5. C. de nupt.* hinc Theoph. κέλευσιν, juſſum, ita explicat, τοῦτ' ἐστὶ δεῖ τὸν πατέρα συναινεῖν, id eſt, *Patrem conſentire oportet.*

10. (k) Sed nec dubium eſt, quandocunque

* Jure Sax. El. Liberi Parentum i. e. Patris ac Matris, iisque deficientibus Avi Aviæque conſenſum adhibere tenentur, alias ab iis usque ad legitimam dimidiamve ejus partem inſtitui, imo, ſi concubitus acceſſerit, in ſolidum a ſucceſſione excludi poſſunt; conjunctio quoque talis nullitate laborat. Churfürſtl. Sächſiſ. Ehe-Ordnung, *tit.* Von Ehe-Sachen. *rubr.* Von Ehe-Gelöbniſſen. §. 1. Ehe-Ordnung *de an. 1624.* p. 1. Carpz. *Juriſpr. Conſ. l. 2. t. 3. d. 38. n. 8.* Atque hæc neceſſitas adhibendi conſenſum Parentum, eodem jure etiam ad liberos emancipatos & ſecundo nubentes pertinet, *§. d. Ordinat. Matrim.* Carpz. *l. c. def. 49.* j. tamen Berl. *p. 2. concl. 11. n. 60.* Cæterum, ſi parentes ex injuſta cauſa in nuptias filii conſentire nolint, requiri poteſt ante ſponſaliorum contractum Conſiſtorii conſenſus, cui idem effectus ac parentali conceditur. Ehe-Ordn. d. t. §. dagegen.

(i) *Poſ. 15. & 17.* (k) *Poſ. 16.*

Patris

Patris conſenſus acceſſerit, ab eo tempore, ceſſante cauſa quæ matrimonium impediebat, nuptias fieri legitimas, juſtosque ſuſcipi liberos, *arg. l. 4. & l. 65. §. 5. de rit. nupt.* At liberos ante ratihabitionem natos, manere illegitimos, plerique tradiderunt; alii pauciores horum quoque ſtatum ſanari putant, quos animus inclinat ſequi; non ideo, quia, ſi ratihabitio non proſit liberis ante eam natis, complures præcipuæ familiæ illegitimo ſanguine refertæ forent: nec etiam, quia durum eſt, liberos, quorum parentes legitimi conjuges ſunt facti, ſemper manere nefarios, ſine ulla ſpe legitimationis, cum etiam inceſtuoſis diuturnitas temporis jura legitimorum tribuere poſſit, *l. 57. §. 1. de rit. nupt.* Sed ratio decretoria eſt, quod ratihabitio ſit ejus naturæ, ut ad principium cujusque actus retrotrahatur, eique inde ab initio qualitatem ſuam imprimat, adeoque *retro recurrat*, ut ait *l. 16. §. 1. de pignor. l. 56. de judic. l. 1. §. 14. de vi & de vi arm. l. 25. C. de donat. int. V. & U.* Idque in omnibus, quæ conſenſu fiunt, etiam ipſo jure nullis, *l. 3. §. 9. de don. int. V. & Ux.* obtinere, textus illi & ratio docent. Nam ratihabitio eſt ſubſecutus conſenſus, & præcedentem defectum ſupplet. Quid cauſæ igitur eſt, cur in nuptiis, quæ maxime conſenſu perficiuntur, non ſit idem ſtatuendum? cum & ſtatus liberorum favorabilis accedat, quem inceſti macula Divi Fratres liberarunt, *d. l. 57.* Adde ſimilitudinem in legitimatione per ſubſequens matrimonium. Cur liberi ex concubina juſti non ſunt? quia titulus nuptiarum deficit; cur nuptiis ſecutis fiunt legitimi? quia defectus illius per ſupplementum retrotrahitur, ac ſi matrimonium ſemper fuiſſet, *§. ult. Inſt. de Nupt.* Perge; Cur liberi avo ignaro nati non ſunt juſti? quia paterno conſenſu nuptiæ deſtituuntur; quid ſi ſuppleatur ille defectus? nonne conſenſus retrotrahetur, ac ſi ſemper fuiſſet, & liberi fient legitimi? ratio ſumma videtur. Sed nullum firmius datur argumentum, quam a vi retrograda ratihabitionis. Quæ opponuntur in ff. refellenda ſunt *ad. h. t.* Petuntur ex *pr. I. h. t. §. penult. eod. l. 13. de his q. infam. l. 13. §. 6. ad L. Jul. de adult. l. 65. §. 1. de rit. nupt. l. 6. C. de Nupt. l. 11. de ſtat. hom.* &c.

11. (l) Ex his ſequitur, parentes, qui deſtituuntur patria poteſtate, non poſſe nuptias impedire, *l. 25. de Rit. nupt. ubi filius emancipatus etiam ſine conſenſu Patris uxorem ducere poteſt.* De filia tamen annis 25. minore, ſanctiones ſunt in *l. 18. & l. 20. C. de Nupt.* prohibentes, ne tales filiæ *ſine patris ſententia* nubant, vel matris & propinquorum, ſi patre careant, a quorum judicio ſi voluntas filiæ diſcrepet, judicis auctoritas adhibetur, & cæteris paribus, ille *potior exiſtimatur, quem ſibi conſulens mulier approbaverit.* Si vero utroque orbata parente *ſub curatore ſit*, liberum ipſi arbitrium datur. Denique, ſi verecundia impedita eligere nolit, judex coram propinquis ea de re ſtatuet. Ex his intelligitur, utrum & quatenus hæ leges ſint neceſſitatis, an ſecus, qua de re Sandius agit *lib. 2. tit. 1. Def. 3.* Neceſſitatis eſt, adhibere conſilium Parentum vel propinquorum; adeo ut ſi neglectis illis, convolet ad nuptias puella, non valeat matrimonium; neque tamen electionis arbitrium puellæ denegatur: ut prudentiæ monitum ſit potius, quam poteſtatis in parentibus & propinquis exercitium. Id vero mirari ſubit, nullam in hoc negotio Curatoris haberi rationem, cujus officium duntaxat in adminiſtratione negotiorum conſiſtit, nubere vero pupilla ſuo arbitrio poteſt, *l. 20. ff. de Rit. nupt.* idemque ſine diſcrimine ſexus traditur in *l. 8. C. de nupt.* quæ res non immerito multis populis diſplicuit; * nonnullis, qui jure ſcripto hac in parte utuntur, uſum ejus ita temperare viſum eſt, ut impedire quidem nuptias ſuo diſſenſu curator nequeat, adoleſcens tamen vel adulta, nec ipſi ad implendas nuptias cogi poſſint: quod de Sponſalibus equidem proprie dictis, futuri temporis, concedere liceat; De matrimonio Verbis præſentis temporis contracto, non æque, ſiquidem hoc contractum ab iis, qui jus contrahendi habent, divinis nec gentium legibus ſolvi poteſt.

12. (m) Sequitur *quartum* matrimonii requiſitum, honeſta cognationis & affinitatis diſtantia; ad quam pleræque nuptiarum prohibitiones referuntur, exceptis quibusdam Reip. Rom. peculiaribus. Sed quatenus cognatio ſit nuptiis impedimento, ſciri nequit, niſi præmiſſa linearum & graduum explicatione, quæ, licet alterius loci, hic eſt occupanda. Gradus eſt diſtantia cognato-

* Jure Saxonico tamen idem, quod Jure Civili conſtitutum eſt, obtinet, ac minoribus ſine Curatoris conſenſu nuptias contrahendi poteſtas competit. conf. Richter. *d. §. n. 106.* Nec in muliere Curatoris, qui ratione ſexus ei datus eſt, conſenſus requiritur.

(l) *Poſ. 18. 19.* (m) *Poſ. 20. ad 37.*

Digitized by Google

rum; Linea, ſeries perſonarum ab eodem ſtipite deſcendentium, eaque duplex, Recta & obliqua. *Recta*, quæ genitos & genitores continet; eſtque aſcendens, quæ surſum, vel deſcendens, quæ deorſum progreditur. Obliqua eſt eorum, qui a latere ſunt juncti, & *collateralis* dicitur. In utraque eſt hæc regula, *Quot ſunt generatæ perſonæ, totidem ſunt gradus, dempto communi ſtipite*, ad quem omnis computatio refertur, ſed ipſe nunquam putatur, *l. 10. §. 9. de grad. & aff.* Hinc filius a patre primo, nepos ab avo gradu ſecundo, item frater a fratre ſecundo diſtat, quia duæ ſunt generatæ perſonæ, Pater, qui ſtipes eſt, præteritur; fratrum liberi ſecundo gradu, Patruus & fratris filius tertio, fratris nepos quarto, ac ita conſequenter, adſcendendo ſemper ad ſtipitem & dein deſcendendo ad eum, cujus propinquitas quæritur. Jus Canonicum in linea recta nihil diſcrepat a civili; ſed obliquam dividit in æqualem & inæqualem. Æqualis eſt, in qua cognati æqualiter a communi ſtipite diſtant, ut fratres & eorum liberi inter ſe ſinguli. Inæqualis, in qua unus eſt remotior altero, ut Patruus & fratris filii ac nepotes. Linea æqualis habet hanc regulam, *Quo gradu ſinguli diſtant a ſtipite, eodem inter ſe diſtant.* Ergo cum fratres & ſorores diſtent a patre uno gradu, eorum liberi ab avo duobus, hinc inter ſe, illi primo, hi ſecundo gradu differunt. Inæqualis linea ſic putat, *Quo gradu remotior a ſtipite diſtat, eodem inter ſe diſtant.* Ergo cum fratris mei filius a Patre meo, qui ſtipes noſter eſt, gradu ſecundo diſtet, hinc a me quoque eodem diſtert, eodemque, ex regula æqualis lineæ a filio meo, quod eſt abſurdum; ut idem cognatus a patre & filio pari gradu diſtet; imo ex iiſdem regulis fratris mei abneptis mihi & abnepoti meo æque propinqua eſt; quo ſi quid ſtultius dici poteſt, fatebor, Pontifices merito Imperatoriam computationem præ ſua cum ſupercilio ſpernere, *c. 2. c. 35. qu. 5.*

13. Jam in linea recta prohibentur nuptiæ in infinitum, *§. 1. Inſt. h. t. l. 14. pr. §. 1. & ſeqq. de rit. Nupt.* In obliqua ſecundus & tertius ſemper ſunt vetiti, *§. 2. & ſeqq. h. t.* Etiam quartus, ſi contrahentes ſibi invicem Parentum & liberorum loco ſint, *§. 1. 3. & 5. h. t.*

N. ADDIT.

In poſitionibus dixerat n. 30. ultra quartam nunquam. *Quibus verbis addideram ſequens Scholium.* Imo etiam ultra quartam, ſed ſaltem inter eas perſonas, quæ ſibi invicem parentum & liberorum loco ſunt, *arg. §. 3. & 5. Inſt. h. t.* in quibus tertius & quartus ſaltem exempli loco afferuntur, non determinationis gratia, quod innuit ratio in *§. 3.* appoſita. Et diſerte quintus gradus in *l. 39. de R. N.* inter prohibitos refertur. Conf. Autor *Digreſſ. lib. 2. c. 22. p. 268. Cum ergo Autor iſtud Scholion hic omiſerit & nihil ad id regeſſerit, haud dubie in poſitionibus plus dixit, quam in prælectionibus intendit. Ita & pariter omiſſum eſt Scholion noſtrum* ad poſit. 43, *ubi Autor dixerat, in affinitate iiſdem gradibus vetari nuptias, quibus in conſanguinitate. Adnotaveram, id Jure canonico quidem valere, ſed Jure civili non eſſe in univerſum verum. Atque hoc Scholion etiam ſilentio ſuo Autor probaſſe videtur.*

Parentis loco eſſe dicitur, qui immediate communi ſtipiti ſubeſt, remotiore altero, ut patruus & propatruus erga fratris neptim atque proneptim, *d. ll.* Alias quartus & cæteri gradus ſunt liciti; fratrum enim & ſororum liberi conjungi poſſunt, * ait Imp. *in §. 4.* juxta *l. 3. D. & l. 19. C. h. t.* quod mutatum poſtea, teſte Harmenop. *l. 4. tit. 6.* ideoque ſui temporis morem potius quam Juſtiniani mentem expreſſit Theoph. negatione huic §. adjecta, quanquam & Cajus eam habet, *l. 1. Inſt. tit. 4.* corruptus a Gothis, ut Cujacius cenſet. Hotomanni tamen acutus eſt, quem movet, ſcrupulus: Particulam *autem* adverſativam in *hoc §.* exigere, ut ſenſus hic ſit contrarius verbis præcedentibus, quæ ſunt affirmativa, proinde hunc §. negative oportere eſſe conceptum. Reſpondetur, voculam *autem* non reſpicere ad finem, ſed initium prioris §., quod eſt negativum: Sed utique diſtinctio textus in verſiculos, quam habemus, antiqua non eſt; nihil igitur diſcrimen finis & initii §. §. juvet. Eſt tamen ita, ut particulæ relativæ, *ſed, autem, vero, &c.* non ſemper proximæ periodo opponantur, ſed aliquando remotiori, quæ præcipua eſt. Ante conſobrinarum nuptias prohibitum fuit *in textu* fratris filiæ matrimonium, mox incidenter conceditur cum adoptivæ ſororis filia. Huic ut acceſſoriæ non reſpondet ſequens oratio, ſed priori ut principali.

* Jure Saxonico inter conſobrinos matrimonium eſt prohibitum, quod demum inter conſobrinorum utrinque liberos juſtum eſſe dicitur. Ord. Eccl. t. gen. von Ehe-Sachen. ſpec. welchen Perſonen ſich mit einander in Ehegelöbniß einzulaſſen verboten.

Digitized by Google

14. Jus Romanum adeo abhorret a mixtura ſanguinis, ut non modo ad ſerviles & meretricias cognationes, *§. 10. h. t. l. 14. §. 2. h. t.* verum & eo, ubi ſanguis nullus eſt, ſed imago tantum, prohibitionem extendat, ut ad ſponſam filii, *§. 9. h. t.* Et in ficta cognatione, quam adoptio conciliat, infinite in linea recta matrimonium prohibetur, *§. 1. Inſt. h. t.* Item in ſecundo collaterali, *§.* 2. quin & ulterioribus, ſi parentum liberorumque loco ſe habeant, *§. 5.* Ut tamen, ſoluta adoptione, prohibitio ceſſet; niſi reverentia & confuſio nominum obſtet. Nam filia adoptiva patri nunquam jungitur, *§. 1. h. t.* nec filius viduæ Patris adoptivi, *l. 12. pr. h. t.* cum qua nulla adoptionis neceſſitudo eſt. Ergo nota, quod prohibitio ob adoptionem, latius quam adoptio ipſa pateat; nam ad feminas adoptio extra ipſam adoptatam non pertinet, *l. 12. §. ult. l. 23. de Adopt.*

15. (n) Affinitas eſt neceſſitudo inter conjugem alterum & alterius conjugis cognatos, *l. 4. §. 3. de grad. & affin.* Gradus ejus proprie nulli ſunt, quia gradum generatio facit, & affinitas nullis nuptiis contrahitur, *l. 4. §. 5. de grad.* verum ſunt analogice, *l. 19. eod.* ut quo gradu ego tibi cognatus, eodem uxori tuæ affinis ſim. Prohibitio matrimonii ob affinitatem eſt eadem fere, quæ in ſanguine, eo quod vir & uxor una ſint caro, *cap. 8. v. de conſangu. & affin. Statu. Friſ. lib. 1. tit. 1. in pr.* Sand. *lib. 2. tit. 1. def. 8.* at jure civili in linea obliqua non legitur prohibitio extendi ultra ſecundum affinitatis gradum, *§. 6. & ſeqq. h. t. l. 17. C. de nupt. l. 5. C. de inceſt. nupt.* Tenendum porro, affinitatis duos terminos eſſe extremos, conjugem unum, & alterius conjugis cognatos; ita ut nec conjuges, nec cognati utriusque conjugis, inter ſe ſint affines, *c. 2. can. 35. q. 5.* Ergo privignus vitrici & novercæ affinis eſt, comprivigni inter ſe non ſunt, nec quicquam eorum nuptiis obſtat, *§. 8. h. t.* Non *cap. 18. Levit. v. 11.* quem locum D. A. Matthæus urget *diſp. 7. fundam. th. 18.* loquitur enim non de comprivigna, ſed de ſorore conſanguinea, *ὁμοπατρία ἀδελφὴ σοῦ ἐστι, ſoror tua ex eodem patre eſt,* ajunt LXX. At nec Cl. Wiſſenbachius Noſter *diſp. 6. ad Inſt. th. 30.* perſuadere ſibi poteſt, quin hæc explicatio tautologiam textus inferat, cum idem *verſ. 9.* dictum putet; ſed potius eſt, ut ibi de ſorore germana & uterina tantum agi videatur, hic de conſanguinea. Affinium conjuges nobis affines non ſunt; etſi Canonici hoc ſecundum genus affinitatis vocant; tamen privigni viduam ducere nequeo, *l. 15. de nupt.* Ergo nec ſecundam vitrici uxorem privignus poteſt, ob reverentiam nominis & imaginem paterni reſpectus; * Eadem ratione uxoris filiam, poſt divortium ex alio natam, jungere mihi prohibeor, *§. 9. h. t.* Extra has ſpecies legibus expreſſas, confuſio nominum matrimonii copiam non reſtringit, ut Sandius docet *lib. 2. deciſ. tit. 1. def. 9.* ubi caſus ſunt mirabilis confuſionis; ut cum tu mihi filiam tuam, ego tibi meam, collocamus, vel cum Pater meus filiam uxoris meæ ducit, quod utrumque licet, *l. ult. §. 14. de grad.* quamquam major ibi nominum abuſio videtur, quam Myrrha ex ex inceſtu ſuo prævidet, apud Ovid. *10. Metamorph. 9.*

Tunc ſoror nati, genitrixque vocabere fratris;
Nec quod confundas & jura & nomina, ſentis?

Nam in ultimo caſu Pater eſt uxoris meæ gener & ſocer, Ejus uxor, mea noverca & privigna; adeoque & ego Patri ſum ſoceri & vitrici loco, ne plura, quæ inſunt abſurda, evolvamus. Sed Lex omnibus tollendis ſcrupulis non ſufficit, aliquid conſcientiæ hominum relinquere cogitur, Ἐν ὑμῖν αὐτοῖς κρίνατε εἰ πρέπον ἐστὶ, dictum eſt Pauli, *cum animo veſtro ipſi perpendite, an decorum ſit, 1. Corinth. 11. v. 13.* & noſter Paulus *l. 14. §. 3. in fin. de rit. nupt. In re dubia certius & modeſtius eſt, bujusmodi nuptiis abſtinere.*

16. (o) Habuerunt etiam alias Romani prohibitiones mere civiles, qualis, ne Senator duceret libertinam, ex L. Papia, *l. 22. l. 44. de rit. nupt. l. pen. C. de nupt.* quod hodie ſublatum; modo dotalia inſtrumenta conficiantur, *l. ult. C. eod. Auth. ſed novo jure. C. de nat. lib.* Porro Præſes, vel qui officium in provincia gerit, ejusve filius, uxorem ex eadem provincia ducere prohibetur, *l. 57. l. 63. de rit. nupt. tit. C. ſi quac. præd. pot.* Tutor vel Curator pupillam adultam, nec ſibi, ** nec filio, nec nepoti collocare poteſt,

* In Saxon. prohibitio nuptiarum in ſecundo genere affinitatis ex obſervantia obtinet, etiamſi Parentum & Liberorum reſpectus ceſſet, ſecundum Carpz. *Jpr. Conſ. l. 2. d. 102. ſq.*

** Expreſſa lege apud nos aliud non eſt conſtitutum, interim videas rationibus redditis, hanc licentiam tutori non æque denegari, Beuſt. *de ſponſ. p. 1. c. 21.* verb. *de Jure Canon.* Carpz. *p. 4. C. 20. d. 17.*

(n) *Poſ. 37. 38. 39. 40. & 41.* (o) *Poſ. 41. 42. 43. 44.*

l. 59. de rit. nupt. ſed filiam ſuam dare adoleſcenti, quem curat, poteſt, *l. 64. §. ult. eod.* quia hunc non ſubigit reverentia uxoris, ut pupillam maritalis poteſtas, quo minus libere a viro aut ſocero exigat rationes; aut bona ſua conſumenti obſiſtat; ut Cicero Publiliam divitem puellam tutelæ ſuæ commiſſam duxit, cujus pecunia æs alienum diſſolveret, teſte Tyrone Tullio apud Plutarch. *In vit. Cic.* ipſoque in *epiſtolis.* Damnatam adulterii uxorem ducere non licet, *l. 9. C. ad L. Jul. de adult.* Denique ſuſceptor non poteſt eam ducere, quam e ſacro baptiſmatis fonte levaverit. * *l. 26. C. de Nupt.* Cæterum, Canones Pontificum vetuſti ad usque ſeptimum ſanguinis & affinitatis gradum hanc prohibitionem extendunt, *c. 35. qu. 3. c. 19. & c. 21.* novi ad quintum, ſcil. ſuæ computationis, qui eſt nonus juris Civilis, *cap. ult. de Conſangu.* Hunc ſanciendi rigorem diſpenſandi facilitate temperant, in rem ſuam, quando omni die, pretio accepto, matrimoniis jure divino nefariis indulgent. Iidem Canones affinium conjuges, etſi nulla paterni reſpectus imago intercedat, nobis jungi vetant, *d. cauſ. 35. qu. 3. c. ult.* & Juſtinianeam prohibitionem inter ſuſceptam & ſuſceptorem, longius produxerunt, olim pluribus, hodie Tridentino decreto, gradu ſecundo, quod Pius V. confirmavit 7. *Decretal. lib. 4. tit. 2. c. 2.*

17. (p) Fuerunt præcepta Legum; ſequitur ſanctio in *§. 12. h. t. Si adverſus ea, quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Ergo quolibet præceptorum neglecto, matrimonium eſt ipſo jure nullum, *hoc §. & l. 5. C. de LL.* Proin gratis quæritur, an conjugium ſine Parentum voluntate contractum reſcindi poſſit; nam quod nunquam colligatum fuit, id reſolvere fruſtra labores: nec inepte noſter T. Faber *diſp. 5. th. 12.* matrimonia ſine Parentum conſenſu contracta an diſſolvi poſſint: *Negatur, ait, contra eos, qui negant tamen.* Sandius *lib. 2. tit. 1. defin. 4.* multos ſacri & profani juris conſultos recenſet, qui ſic ſtatuant; ab initio Patrem impedire quidem nuptias poſſe, at contractas & coitu liberisque obſignatas diſtrahere, id durum & iniquum videri; quod erudite refutat. Nam cum ea conjunctio nihil quam continuatum ſtuprum ſit, quid eſt quod ſeparationem rei ſpurcæ prohibeat? abſurdum eſt dictu, copula carnali, quæ novum peccatum eſt, matrimonium coaleſcere; conſenſu legitimo, non concubitu prohibito nuptiæ perficiuntur, *l. 30. d. R. J.* nec aliud jure divino, *Exod. 22. v. 16. & 17.* Rationes ſecus opinantium, inani ſpecie æquitatis & clementiæ, aut reputatione ejus quod utile factu ſit, aut familiæ decorum, nituntur, quæ res ab Juris diſceptatione alienæ ſunt. Ad loca *l. 1. §. 5. de lib. exhib.* & Pauli *2. ſent. 19.* ſic reſpondetur; *L. 1. §. ult.* agit de juſto conjugio, quod olim pater vi poteſtatis ſuæ turbare poterat, Cujac. *parat. ff. de lib. exhib.* hodie non poteſt, *l. 5. & 6. C. de repud. De ſent.* Pauli *v. P. 2. Digr. l. 1. c. 16.* ** Denique inter effectus nullitatis eſt & ille, quod liberi contra legum præcepta nati, non pro natis e conjugio, ſed ſpuriis habeantur, quod ad jus patriæ poteſtatis attinet; alioqui differunt; Nam ſpurius proprie dicitur, qui vulgo conceptus & incerto Patre natus eſt ex meretrice, a quibus ſtricte differunt *illegitimi*, itemque *nothi* ſeu naturales, ex concubinatu editi. Pergamus ad alteram patriæ poteſtatis cauſam.

18. (q) *Legitimationem, quæ* nihil eſt quam *Actus, quo liberi naturales fiunt legitimi.* Naturales aliquando adoptivis opponuntur & legitimos comprehendunt, *pr. & §. 7. tit. ſeq.* Hic legitimis opponuntur, & ſunt, qui tantum naturaliter extra juſtas nuptias ſunt procreati, quibus natura ſola, non Lex adeſt. Reſpectu matris omnes liberi naturales paris ſunt juris, tam certo quam incerto patre nati, *§. pen. infr. ad Sc. Orfit.* Sed viris hi tantum ſunt naturales, qui ex concubina ſuſcipiuntur, cum qua poterat eſſe connubium, *hoc §. ult.* Atque hi ſoli, quos & nothos dicimus, legitimationis objectum ſunt. Spurii & injuſti non legitimantur, quia Patrem, cui poteſtas Patria convenire poſſit, non habent. Pro ſpuriis habentur & hi, qui e furtivis amplexibus, certo licet Patre, non tamen e concubinis, naſcuntur, *N. 89. c. pen. & ult.* Sed hi noſtris moribus, quod ad legitimationem, jure natura-

* Hæc ſpiritualis affinitas apud nos non attenditur, adeoque etiam absque ulla diſpenſatione nuptiæ inter ſuſceptam & Patrinum recte celebrantur, Carpz. *Jur. Conſ. l. 2. def. 74.* Schilter. *ad ff. Exerc. 36. §. 50.* Interim in iis locis, ubi de abrogatione l. 26. C. d. R. N. expreſſa vel tacita non conſtat, tutiſſime petitur diſpenſatio.

** Conf. Ant. Schulting. *ad Paul. cit. loc. n. 6. in Juriſpr. Ante-Juſtin. p. 300.*

(p) *Poſ. 45. 46.* (q) *Poſ. 47. ad fin.*

lium

lium habentur, Grotio teſte *l. 2. manud. c. 12.* Et in Friſiæ Statutis ſub *tit.* de concubinis, agitur de hoc genere, *l. 1. tit. 4.* & expreſſe *tit. 17. §. ult.* Modus legitimationis *hoc §.* duplex ponitur: per oblationem Curiæ & per ſubſequens matrimonium. Illa eſt, cum Pater filium nothum offert Curiæ, id eſt, ordini Decurionum, (qui inſtar Senatorum in municipiis erant) ut Curialibus ſeu Decurionibus adſcribatur, eorumque oneribus (quæ tanta erant, ut ſæpe Chriſtiani pœnæ loco, curiis addicerentur, Briſſon. *4. antiq. 18.)* obnoxius reddatur; *Curiæ nexibus obligare* ait *l. 3. C. de nat. lib.* eademque tamen *curiæ ſplendore honeſtare*:. etſi non tam honos quam munus fuit decurionatus, *§. 4. d. tit. l. 1. C. de decur.* Sed curiales eorumque onera, dudum ab uſu temporis receſſerunt, ut certum ſit, hodie nulla hujus legitimationis extare veſtigia.

19. Secundus modus eſt, *ſubſequens matrimonium;* Si quis enim cum matre filiorum naturalium, dotalia inſtrumenta compoſuerit, hoc ipſo liberi fiunt legitimi, *l. 10. C. de nat. lib.* * Conſentaneum eſt, vitium ex defectu conjugii ortum, vi ſolius conjugii ſublatum eſſe, adeoque nihilo plus ad hanc legitimationem quam ad matrimonium requiri, ad cujus naturam nec dos nec inſtrumenta pertinent, *l. 22. C. de nupt. l. ult. C. de don. int. V. & U.* etſi in hiſtoria hujus legitimationis, dotalia fere ſemper inſtrumenta memorentur, *hoc §. ult. l. 10. & l. 11. C. de nat. lib. Nov. 89. c. 11. pr.* ubi, *liberi poſt dotem editi, poſt dotem conſcriptam progeniti*, legitimari dicuntur, quaſi dotis hic & ſcripturæ effectus ſit. Sed nota, non dici matrimonium, per quod legitimatio fit, inſtrumenta requirere, ſed ipſam legitimationem compoſitis dotalibus fieri, ſine alia conjugii mentione, quod liquet improprie eſſe dictum. Inſtrumenta nuptialia pro conjugio uſurpantur, quia plerumque adhiberi ſolent, ut legem jus ſcriptum dicimus, quia plerumque ſcribitur, non quod hoc eſſentiale ſit. Proin legitimatio fit, *compoſitis dotalibus inſtrumentis*, id eſt, per matrimonium, quemadmodum & perpetuo duci uxor pro nubere ponitur, ut tamen ducere non ſit de eſſentia, confer *§. 4. infr. quib. mod. patr. pot. ſolv. l. 1. C. de emphyt. &c.* Denique *l. 5. d. t. C. de Natur. lib.* inſpice, in verbis: *mox poſtquam* &c. videbis a matrimonio ſolo eſſe vim legitimandi: cæterum, poſſe hanc legitimationem in articulo mortis celebrari, conſentiunt Dd. nec ratio refragatur. Gail. *2. obſ. 141. n. 8.* Denique, cum pater ducere concubinam, vel mortuam, vel indignam nequit, tum ad preces ejus liberi reſcripto Principis legitimantur, *Nov. 89. c. 9. & 10.* quod tamen, ſi alii extent liberi legitime nati, vix impetratur, *d. N. c. 11. §. 1.* Eandem cum ſupplicatione vim habet ſignificatio a patre teſtamento facta, cupere ſe, ut filius jura legitimi conſequatur, *d. cap. 10.* Unde colligitur, male Pacium in *analyſ. ad h. §.* alioſque, pro quarto legitimandi modo nobis obtrudere nominationem, quia Pater in teſtamento, vel publico inſtrumento, aut privato tribus teſtibus ſubſignato, naturalem ſuum abſolute *filium* dixerit, non adjecto, quod nothus ſit, *N. 117. c. 2.* Rectius alii ex tali appellatione filii, præſumptionem tantum in dubio naſci volunt, filium eſſe legitimum, quamdiu contrarium non probatur: Verba textus, *hujusmodi filios eſſe legitimos*, explicantur per ſequentia, *& nullam aliam probationem ab iis quæri.* Ut, ſi ſcriptum in inſtrumento fuerit, aliquem promiſiſſe, perinde habetur ac ſi promiſiſſet, *§. 16. Inſt. de inutil. ſtip.* ſi tamen contrarium probetur, nihil debebitur, *l. 7. §. 12. de pact.* æque ſi ſcriptum ſit a Patre, aliquem eſſe filium ſuum, perinde habetur ac ſi eſſet legitimus; quod ſi contrarium doceatur, nihil erit quam nothus. Cæterum, non eſſe Legitimationem actum Legitimum, probavi *lib. 2. Digreſſ. c. 12.*

Tit. XI.

De Adoptionibus.

Definitio & Diviſio. Diſcrimen utriusque ſpeciei triplex. Refellitur fictio, quæ fit in L. 10. C. de Adopt. *De arrogatione impuberis. Regulæ,* adoptio naturam imitatur, *uſus & effecta. De effectu adoptionis. Adoptio ſervi. De uſu adoptionis.*

(a) ADoptio, quæ tertia cauſa Patriæ poteſtatis, eſt Legis actio, *(l. 3. de off. Proc.) qua qui natura filius non eſt, in jura filii adſciſcitur,* adeoque ex Patris ſui Naturalis familia in Adoptivi poteſtatem tranſit. Fit autem Adoptio duobus modis, aut Principis Reſcripto, quæ vo-

* Hinc inſtar legitimorum, ſuæ nativitatis ordine in feudo & allodio ſuccedunt. vid. *Dec. El. 49.*

(a) *Poſ. 1, & 13.*

catur Arrogatio, aut Imperio Magiſtratus, * quæ Adoptio ſtricte dicitur, *h. §. 1.* Nam Teſtamentaria, quæ Romæ crebro erat in uſu, nomine tantum adoptio fuit; a natura veræ adoptionis ejusque ſcopo aliena, qui eſt Patria poteſtas; atqui teſtamentum non niſi poſt mortem valet, & ridiculum eſt, patrem fore Teſtatorem, cum non erit amplius; quam abſurdum eſt, maritum uxori Patrem eſſe? at Auguſtus Liviam conjugem teſtamento adoptavit; adoptionem enim vocat Tacit. *5. ann. pr.* quod proprie magis 1. *ann. c. 8.* dixerat adſumptionem *in familiam Juliam nomenque Auguſtæ.* Talis fuit illa Tiberii, de qua Sueton. eum *teſtamento adoptatum, hereditate adita, mox nomine abſtinuiſſe.* Adoptio ſtricte ſumpta, eſt, qua liberi a parentibus, in quorum poteſtate ſunt, auctoritate Magiſtratus, in aliorum poteſtatem traduntur. Fiebat olim per tres emancipationes, & duas manumiſſiones; ait Imp. *in l. ult. C. h. t.* Nam quia lege Romuli Pater ſemel ac iterum poterat vendere filium, qui tertia demum mancipatione liber exibat: ad imaginem hujus juris, Pater naturalis bis filium mancipabat, id eſt, vendebat adoptivo Patri, hic emptum bis manumittebat; tum quaſi renovato jure naturæ, Pater eum tertio mancipatum *Adoptivo* in jure cedebat, id eſt, plene in eum transferebat, qui ſic vindicare filium dicebatur, Gell. *5. c. 19.* & jam ter mancipatum, bis manumiſſum, quaſi emptum in poteſtate retinebat. De Auguſto Sueton. *cap. 46. Cajum & Lucium adoptavit domi per aſſem & libram, emptos a Patre Agrippa.* Nam in hiſce imaginariis venditionibus aſſem & libram ſemper adhibebant, *ut infr. videb. ad §. 1. de teſtam. ordin.* Jure novo, ſublato hoc circuitu, ſufficit, adoptionem *actis intervenientibus apud competentem judicem manifeſtari*, præſente utraque parte & non contradicente, ut tacitus conſenſus ſufficiat, *§. 8. tit. ſeq. d. l. ult.* Quid ſit *actis intervenientibus*, videbimus *infra.*

2. (b) Arrogatio eſt eorum, qui cum ſui juris ſunt, per Principis reſcriptum ** in alienam ſeſe poteſtatem tradunt. Duplex igitur inter hanc & adoptionem eſt diſcrimen, 1. Auctoritatis, quæ hic eſt Principis, ibi Magiſtratus, 2. Perſonæ ſubjectæ, quæ hic eſt Paterfamilias, ibi filiusfam. *§. 1. h. t.* Olim arrogatio per populum *rogatione* Comitiis Curiatis perlata fiebat; etiam uterque, an filius eſſe, & filium ſuſcipere vellet, rogabatur, unde nomen adrogationis eſt; & ſic nihil vetat conciliare in etymologia Cajum, *l. 2. princ. h. t.* cum Gellio, *d. l. 5. c. 19.* quorum ille a populi rogatione nomen deducit, cujus ſolennem formulam proponit: *Velitis. Jubeatis. Quirites. Uti. Lucius. Valerius. Lucio. Titio. tam. jure. Lege. q. filius. ſibi. ſit. quam. ſi. ex. eo. Patre. Matre. q. familias. ejus. natus. eſſet. utiq. ei. vitæ. necique. in eo. Poteſtas. uti. Patri. endo. filio. eſt. Hæc. ita. uti. dixi. ita. vos. Quirites. rogo.* Arrogatio per populum, etiam ſub Principibus aliquamdiu continuata eſt; donec, his reſcripta indulgentibus, antiquus mos evanuit, *l. 2. in fin. C. h. t.*

3. Eſt & tertium diſcrimen; Arrogatio ſemper transfert patriam poteſtatem: Adoptio non aliter quam ſi ab aliquo adſcendentium fiat, *§. 2. h. l. 10. C. h. t.* olim indiſtincte, *l. 32. & l. ſeq. pr. l. 37. §. 1. D. h. t.* quibus proinde *per d. §. 2. & l. 10.* derogatur.

SCHOLIUM AD POS. III.

Quid hic velit Auctor, ingenue fateor, me non intelligere.

RESPONSIO.

Atqui nulla cauſa videbitur iis, qui textus inſpicere non gravabuntur. Nam in l. 32. & ſeqq. traditur, adoptionem ſimpliciter omnem, transferre patriam poteſtatem. In §. 2. & l. 10. *traditur, adoptionem ab extraneo factam, non transferre patriam poteſtatem, quæ eſt notabilis derogatio, per quam effectus adoptionis plus dimidia parte coarctatur. Sunt tamen* in d. th. 3. *hæc verba conciſe poſita*, l. 10. C. de adopt. ubi non eſt fictio, nec in §. 14. I. de Succ. ab inteſt.

* Jure Saxonico judicem pro tribunali ſedentem præciſe requirunt a. L. R. *l. 2. a. 30.* Coler. *Dec. 112. n. 4.* Philipp. *Uſ. Pr. Inſt. l. 1. Ecl. 73. n. 3.* Kulp. *Diſſ. de adopt. & emanc. Princ. th. 2.* Hahn. *ad Weſ. tit. de adopt. n. 5.* verb. *Jure Sax.*

** In Saxonia Reſcriptum Principis non requiri, ſed Magiſtratus autoritatem ſufficere, tradunt Schulz. *in Syn. Inſt. h. t. Lit. a.* Schilter. *ad ff. Ex. 3. §. 16.* Sed contrarium eſt verius, ita tamen, ut recurſu ad Imperatorem in arrogatione neglecto, omnes ſtatus Imperii vi ſuperioritatis territorialis, arrogationes confirmare valeant, v. Maul. *d. Statib. Imp. c. 3. n. 33.* Nicol. *Reſ. 6. n. 39. ſ. q.* Stryk. *Uſ. Mod. ff. l. 1. t. 7. §. 6. & l. 4. t. 5. §. 6.* Conf. Gribner. *diſp. de jure Legitimand. Princip. Imp. Lipſ. 1705. hab.*

(b) *Poſ. 2. 3.*

At

At horum verborum explicatio traditur paulo inferius in *hac ipſa theſi.*

N. ADDIT.

Ita eſt: conciſio verborum tum peperit obſcuritatem. Cum enim ſcriptum eſſet in poſit. th. 3. In l. 10. C. de adopt. *non eſt fictio, nec* in §. 14. l. de ſucceſſ. ab int. *ſed per §. 2. &* d. l. 10. *derogatur* l. 32. & ſeq. in pr. l. 37. §. 1. h. t. *Cum, inquam, ita ſcriptum eſſet, videbatur ſenſus Autoris eſſe, ac ſi per verba:* Sed per &c. *ratio redderetur prioris aſſertionis, quod in l. 10. C. non ſit fictio: quam tamen rationem in dictis textibus non poteram invenire. Nunc autem omnia ſunt plana.*

Sed Juſtinianus ſollicitus, ne adoptati forte poſt mortem Patris naturalis ab adoptivo emancipati, & hujus & illius ſucceſſione exciderent, conſtituit, adoptione ab extraneo facta, id eſt, tali, qui non ſit in adſcendentium gradu, jura naturalia non diſſolvi, *ſed manere integra ad omnes ſucceſſiones, l. 10. C. h. t.* In adſcendentibus id ſupervacuum credidit, quia nepos v. c. ab avo materno adoptatus, non metuit a ſuceeſſione excludi. Ideoque etiamnum Adoptio facta ab aliquo maternæ lineæ, more vetuſto patriam poteſtatem transfert, *hoc §. 2. d. l. 10.* Ex qua hunc §. male eſſe deſcriptum, vult D. A. Matth. *in not. ad h. §.*, volebat & Wiſſenbachius noſter *ad hunc tit.* quaſi duntaxat fingatur, adoptatum ab extraneo non tranſire in adoptantis poteſtatem, revera autem tranſeat ? Nobis hæc fictio non ſatis probari videtur ex *d. l. 10.* neque ex *§. 14. infr. de ſucceſſ. ab inteſt.* Plus roboris habent verba indubitata hujus §. 2. ubi: *nec in poteſtate ejus eſt:* nec melior ipſo Juſtiniano ſui interpres quærendus.

4. Imo, in *ead. l. omnia igitur maneant integra jura*, habetur, & §. 1. *cum per omnia naturæ ſuæ filium adgregaverimus.* Ne autem reſtringas illud *omnia* ad ſucceſſionis jura, ſubjicitur, res a filio acquiſitas uſufructu tenus manere in ſacris patris naturalis; at nihil hoc ad ſucceſſionem, inter vivos ſit acquiſitio illa. Unde liquet, indiſtincte remanere patriam poteſtatem; & illud, *in ſacris, eſt* ἐμφατικὸν poteſtatem patriam ſignificans, *l. 2. C. de bon. quæ lib. l. 3. C. de bon. mat.* Verba *d. §. 14. quaſi* non *fuiſſet in alienam translatus*, ex quibus fictionem ſuam D. Matthæus colligit, vel ſic poſſunt capi; *ut qui translatus non ſit*, neque enim *quaſi* ſemper fictionem notare, multa probant, ut quaſi procurator, *l. 65. de Procurat.* quaſi tutor, *l. 1. §. 5. de eo qui pro tut.* quaſi ſuſpectus, *l. 7. §. 1. de ſuſp. tut.* Vel translatio in alienam familiam, de externa ſocietate domeſtica, quam hæc adoptio conciliat, accipienda eſt; hoc ſenſu: *quaſi nullus adoptionis actus interveniſſet.* Poſterior reſponſio congruit alii quoque objectioni. Adoptatus ab Extraneo emancipatur, *d. l. 10. §. 1. & 2.* Ergo in poteſtate fuit, *arg. §. 6. tit. ſeq. Reſp.* Emancipatio eſt, qualis adoptio, utraque irregularis, ſignificat hic ſolutionem qualiſcunque neceſſitudinis. Ita explicatur *l. 10. C. h. t.* in qua ſi quid ambigui ſupereſt, quis meliorem ipſo Juſtiniano interpretem velit? qui in *d. §. 2. h.* cum dixiſſet, adoptionem Patriam poteſtatem transferre, *ſed hodie*, inquit, (nota adverſativam locutionem,) *cum extraneus filiumfam. adoptat, jura Patris naturalis minime diſſolvuntur, nec quicquam ad Patrem adoptivum tranſit, nec in poteſtate ejus eſt.* quod repetit §. 7. *tit. ſeqq.* ex oppoſito diſtinctionis membro; Solvitur Patria poteſtas, cum ab aliquo adſcendentium ſit, non igitur, ſi ab extraneo: At *§. hic 2.* male deſcriptus eſt ex *l. 10*, ajunt; fateor, ſi aut Juſtiniano non liceat preſſius ſe explicare in Inſtitutis quam in Codice, vel ſi clarius loqui ſit male deſcribere. Puto, ſi quid plus ſit in Inſtitutionibus, quod non pugnet cum authenticis conſtitutionibus, id æque valere, ac ſi in Codice haberetur, *per §. 6. proœm. Inſt.*

5. (c) Olim nec mulieres nec pupilli poterant adrogari, quia feminis comitia non dabantur, neque pupillus auctor ſibi ipſe erat idoneus, & tutoris poteſtatem hæc res excedebat, Gell. *d. c. 19.* hodie ratio, quæ feminas prohibuit, ceſſat, *l. 21. h.* & impuberes adrogari permiſit Antoninus Pius, Ulpian. *tit. 8.* modo diligens cauſæ cognitio & certæ conditiones obſerventur, *§. 3. h. l. 17. & ſeqq. h. t.* Cognitio circa duo vertitur, *an honeſta ſit adrogatio, expediatque pupillo, h. §. 3.* Ad honeſtatem pertinet, an ſancta ſit affectio, *l. 17. §. 1.* μὴ δι αἰσχρὸν ἔρωτα, *ne ob turpem amorem fiat*, ait Theoph. indicans, non defuiſſe, qui nefariæ libidini potiundæ ſanctiſſimum Patris nomen prætexerent, & obtentu παιδεραστίας Laconicæ, (de qua vid. Emmium *deſcr. Reip. Lac.)* Sodomiticam exercerent. Videndum quoque, annon adrogator ipſe liberis operam dare poſſit, aut liberos habeat; præ-

ciſe tamen negari jus adrogandi his, qui Patres ſunt, vel fieri poſſunt, non putem *d. l. 15. §. 2.* quemadmodum & in cognitionem venit, an arrogatur ſit minor 60. annis, nec tamen minori 60. negatur abſciſſe adrogatio: Lex enim annis ſaltem 18. requirit, ut adoptans præcedat adoptatum, *§. 4. h.* Dein cognoſcitur, an adrogatio impuberi futura ſit utilis, *dd. ll.* Nam etſi filius ſuccedendi quidem jus Patri conſequeretur, Arrogator tamen confeſtim dominus omnium ejus rerum fiebat, *infr. de acquiſit. per arrogat.* eoque videndum, ne non potius hoc lucrum ſibi, quam pupilli commodum affectaverit, proinde facultates aliaque æſtimanda, de quibus in *d. l. 17.* quanquam hæc cognitio in omni adoptione ſuo modo adhibenda ſit, Ulp. *&* Gell. *d. loc.*

6. Sed conditiones, quæ ſequuntur, tres, *hoc §. 3.* fortius ſpem improbam Arrogatoris præcidunt. Satisdare enim, id eſt, cavere datis fidejuſſoribus cogitur, ſi intra pubertatem pupillus deceſſerit, reſtituturum ſe bona illis, qui ab inteſtato erant ſucceſſuri, *h. §. 3. l. 18. cum 2. ſeqq. h. t.* Cautio debet fieri perſonæ publicæ, **τῦτ᾽ ἐςι τῷ ταβυλλαρίῳ**, id eſt tabulario, *Theoph.* qui ſervus Reip. erat, *d. l. 18. l. 1. D. rem. pup. ſalv.* & adhibetur ſtipulationibus acceptandis, cum is, ad quem ſpectat, non poteſt, ut ſi infans ſit, vel incertus, veluti hoc caſu; neque enim conſtat, quis, cum impubes morietur, legitimus heres ſit futurus. Arrogator igitur non ſuccedit filio impuberi arrogato. Secunda conditio eſt, ſi adrogationem retractare & filium Pater emancipare velit, id non permittitur, niſi cauſa cognita; Si autem dignus dimiſſione, **τῦ ἐκβληθῆναι**, *ejectione*, ut Theoph. reperiatur, propria bona cum incremento, id eſt cum fructibus, ei reddenda ſunt, *d. §. 3.* Poſtremo, ſi absque juſta cauſa eum emanciparit, vel exheredarit Pater, quartam quoque ſuorum bonorum ei relinquere jubetur. Quæ plerumque & eſt quarta omnium bonorum, & portionis ab inteſtato; ſolent enim arrogati in domo paterna ſoli eſſe, cum his, qui liberos habent vel habere poſſunt, non facile permittatur adoptio, *§. præced.* Et hinc ex eo, quod plerumque fit, textus abſolute loquuntur de quarta bonorum, quia ut plurimum omnia bona debentur arrogatis ab inteſtato, *h. §. 3. l. ult. Si quid in fraud. patron. l. 22. §. 1. h. t.* Si tamen Arrogatorem contingat, plures habere aut ſuſcipere liberos, non eſt ab iis recedendum, qui cenſent, hanc quartam eſſe portionis ab inteſtato debitæ, & non omnium bonorum; abſurdum enim, arrogatos liberalius quam naturales liberos haberi, quibus certum eſt, exheredatis, quartam inteſtati tantum deberi, *l. 8. §. 8. de Inoff. teſtam.* quæ tamen & quarta bonorum dicitur, *l. 6. C. eod.* ut ſic etiam explicari poſſit indiſtincta locutio in *d. §. 3. l. 22. §. 1.*

7. (d) *Adoptio Naturam imitatur*, ait Imp. *in §. 4.* generaliter, quia ſupplet defectum naturæ; ſed in terminis ſingulorum effectuum imitatio hæc naturæ, magis videtur negativa eſſe quam poſitiva, ut nihil contrarium, quod non fieri per naturam poſſit, contineat. Hinc quia pro monſtro eſt, filium Patre majorem eſſe, adoptare etiam nemo alium poteſt, niſi cujus per ætatem Pater eſſe queat; neque vero hic minimum tempus ſpectatur: Nam licet nuptiæ ab anno decimo quinto iniri poſſint, raro tamen fieri videmus, ut non pluribus annis major ſit pater filio. Ergo non tempus nuptiarum, quod per leges liceat, ſed generationis, quo ſolent Patres fieri, attenditur, nempe annis *18. inchoatis.*

SCHOLIUM.

Sed de inchoatione nihil eſt in Legibus, quin potius verbum præcedere, quod in §. 4. hic *extat, ad implementum anni* XVIII. *videtur reſpicere, juncto arg. l. 49. de Legat. 1. Videtur equidem* Noſter *reſpexiſſe ad §.* ult. qui & ex quib. cauſ. manum. non poſſ. *juncta* l. 13. de manum. vind. *& verbis* §. 4. h. plena pubertate &c. *ſed his non obſtantibus, verbum* præcedere, in eodem §. 2. l. 40. §. 1. h. t. conjecturam iſtam ſuperat.

RESPONSIO.

Verba textus in §. 4. h. t. ſunt hæc; Debet itaque is, qui ſibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plena pubertate, id eſt, decem & octo annis præcedere, ſicut etiam in *d. l. 40. §. 1. h. t. Plenæ pubertatis ratio, alimentorum reſpectu inprimis reperta eſt, quam Hadrianus conſtituit in pueris* usque ad annum decimum octavum, *l. 19. §. 1. de Alim. legat. quibus verbis initium anni octavi decimi non puto dubium eſſe indicari, idque juvatur inde, quia plena pubertas eſt extenſio pubertatis contra uſum verbi; cujusmodi extenſiones reſtringendas eſſe, vult ratio & uſus. Accedit, quod verba d. l. 13. de manum. vind.* non minor annis *18. explicantur, in d. §. ult. I. Quib. ex cauſ. manum. ita,* niſi de-

(d) *Poſ. 6. 7. 8. 9.*

cimum

cimum ſeptimum annum impleverit & decimum octavum attigerit. *Hæc ſatis evidentia videntur. Verbum* præcedere, *quod urget Scholiaſtes, nihil præjudicat; æque enim XVIII. inchoati* præcedunt *quam impleti. Argumentum ex l. 49. de legat. 1. parvi momenti reperietur, ſi conferas l. 48. de C. & D. l. 74. §. 1. π. ad Sc. Trebell.*

N. ADDIT.

Ut ab ultimo incipiam: argumentum illud ex l. 49. de leg. 1. *ita leve non eſt, ut videtur Autori. Agitur ibi de ſenſu phraſeos, quatuordecim annorum eſſe, & definitur, quod quatuordecim anni debeant eſſe adimpleti. Jam vero 18. annis* præcedere *aliquem plus infert, quam 18. annorum* eſſe. *Sed, inquit Noſter, æque 18. anni inchoati præcedunt ac impleti. Ita quidem eſt. Sed phraſis 18. annis aliquem præcedere non uſurpari ſolet de inchoatis. Etiamſi vero* d. l. 49. de leg. 1. *nunc conferas cum* l. 48. de C. & D. *&* l. 74. §. 1. ad Sct. Trebell. *propterea tamen hactenus dictorum pondus non allevabitur. Agitur ibi de plane alia phraſi, ſc.* pervenire *ad annum vigeſimum. Pervenit etiam, qui attingit. Et tamen textus allegati oſtendunt, de hac phraſi etiam plurimos ſenſiſſe, quod ſolum de adimpletis explicari debeat, aut quod conſideranda ſint negotia, de quibus ſermo ſit, & pro eorum diverſitate diverſimode explicari debeat illa phraſis. Atque hæc hypotheſis ultima maxime quadrat ad oſtendendam veroſimilitudinem interpretationis noſtræ in materia præſenti. Concedimus, plenam pubertatem conſtitutam eſſe, (an ita ex libera, & pro ratione ſtante, voluntate inventa ſit, mox apparebit) ab Hadriano in doctrina de alimentis legatis* d. l. 14. §. 1. de alim. leg. *Sed quod Autor addit, non dubium eſſe, quod intelligantur inchoati, in eo videtur latere petitio principii, cum illud, quod in feminis plena pubertas extenſa ſit ad annum 14. & adeo, ut videtur, ad pubertatem ordinariam maſculorum, potius videatur ſuadere contrarium. Deinde etſi demus, plenam pubertatem denotare in materia alimentorum annum 18. inchoatum, tamen quod illam plenitudinem pubertatis poſtea JCti tranſtulerint ad adoptionem, ideo videtur factum, quia principii loco poſuerunt: Adoptionem imitari naturam. Jam vero rarius maſculi tum temporis ante annum 18. feminæ ante 14. matrimonium inire ſolebant, etſi per leges illi anno 14. hæ anno 12. poterant. Unde etiam ipſe Imperator Hadrianus iſtos mores poſtea videtur ad legata tranſtuliſſe. Igitur cum in legibus non debeat attendi, quod ſemel aut bis fit, JCti etiam in adoptante voluerunt, ut præcedat non communi, ſed plena pubertate, i. e. ut ſecundum mores conſuetos 18. annos natus fuerit, cum ex ſ[illegible]lis nuptiis hunc filium generaret. Jam ergo, etſi demus, plenam pubertatem in iis maſculis, qui matrimonium ineunt, denotare 18. annum inchoatum, antequam tamen partum ex iſto matrimonio ſuſcipiant, requiritur tantum ſpatium, ut annus 18. eorum compleatur, & ſic ſecundum id, quod plerumque fieri ſolet, pater naturalis minimum 18. annis completis major ſit filio naturali. Hoc vero naturale imitata eſt adoptio.*

Alexander Severus annorum duodecim, ab Heliogabalo quatuordecim annos nato adoptatus eſt, ſed Princeps a Principe, & tamen irridentibus cunctis, γελοιότατα ψηφισαμένων πάντων, ut Herodian. *l. 5. c. 7.* Subtilius ſatisfecit legi Marcus, anno decimo octavo L. Commodum adoptans, teſte Capitol. Igitur plena pubertas requiritur, quæ anno 18. in maribus inchoatur, *§. 4. h. l. 40. §. 1. h. t.* In feminis (quod non tam hic quam in alimentis legatis uſum habet, *l. 14. §. 1. de alim. leg.*) ab anno 14. diſcrimine triennii, cum in prima pubertate biennium modo interſit; ratio eſſe videtur, quia puellæ maturius operis ſuis victum quærere poſſunt, quam pueri, ut uſus docet.

8. Porro adoptio non modo in filiorum, ſed & nepotum imitationem fieri poteſt, non modo ab eo, qui filium habet, aut habuit, ſed & qui nullum, modo habere poſſit; neque enim neceſſe eſt, convenire adoptionem cum natura, modo ei non repugnet: & eſt hic duplex tum fictio (contra id quod Dd. vulgo, duo ſingularia concurrere non ſolere) primo, filium habere aut habuiſſe eum qui adoptat, & ſecundo, nepotem ex eo: non quod filius, ex quo fingitur nepos, deſignandus ſit, ſed poteſt quaſi ex incerto natus fingi, *§. 5. h. l. 43. h. t.* Quo autem loco adoptatus Patri naturali fuerit, nihil refert, cum ejus poteſtas extinguatur; proinde filius alterius, a me ut nepos adoptari poteſt; qui nepos domi ſuæ eſt, mihi loco filii eſſe poteſt: nam licet alia ſit nativitatis ejus conditio, tamen ſufficit eum potuiſſe adoptantis eſſe filium, *§. 6. h.* Sed qui habens filium, nepotem tanquam ex eo genitum adoptat, cum hoc effectu, ut filio ſuus

Digitized by Google

heres fiat, is conſenſu filii impetrato indiget, *§. 7. h.* Nam etſi agnatorum voluntas in adoptione non ſpectetur, *l. 7. h. t.* nec filii quidem, ſi Pater tanquam ex alio vel incerto filio nepotem adoptet,& tantum cupiat actum adoptandi inter ſe & nepotem ſubſiſtere, *l. 43. h. t.* tamen ſi non modo ipſe avi, ſed & filium Patris loco, velit eſſe adoptato, nihil agit, niſi filio conſentiente, quoniam invito nemini ſuus heres agnaſcitur, *d. §. 7.* qua ratione Avus nepoti, quem habet in poteſtate, ſine Patris conſenſu nuptiis nequit autor eſſe, *l. 16. §. 1. de rit. nupt.* neptim vero ſolus avus recte matrimonio collocat, quia Pater e filia ſuos heredes non expectat. In amiſſione Patriæ poteſtatis non eſt eadem ratio, ut videbimus ad *§. 6. tit. ſeq.*

9. (e) Naturalis gignendi incapacitas, ſi peremptoria & deſperata ſit, ut in caſtratis ſive Eunuchis, adoptionem penitus prohibet, non ſi externo & temporali incommodo impedita, ut in Spadonibus, *§. 9. h. l. 2. §. 1. h. t.* Spadones in genere ſunt omnes gignendi incapaces, iique vel Spadones tantum, qui ſperantur in venerem convalituri, vel caſtrati, *l. 39. §. 1. de jur. dot.* ubi & ſpadonibus nuptiæ permittuntur, non caſtratis, quibus tamen adoptio a Leone Imp. conceditur, *N. 36.* Theophilus Eunuchos facit genus, eosque triplices, ſpadones, caſtratos, thlibias: quibus teſtes ſunt attriti, nec magis quam caſtrati jus adoptandi habent. Quin & ſimplex Spadonis adoptio non tribuit patriam poteſtatem; cum deſcendentem nunquam habeat, adeoque nec adſcendens ipſe unquam, ſed adoptatus ei ſemper extraneus ſit, niſi impotentia genitori jam facto ſupervenerit, ut Theoph. Femina ut naturales liberos in poteſtate non habet, ita nec adoptione, quæ cauſa eſt patriæ poteſtatis, fungi poteſt, *§. 10. h.* Tamen ſi qua mulier liberis amiſſis ad blandiendum ac imponendum dolori, liberorum nomina deſideret, conceditur ei Reſcripto Principis adoptio, absque effectu tamen Patriæ poteſtatis, cujus plane eſt incapax, *l. 29. §. 3. de inoff. teſt. l. 5. C. h. t.* Et eſt ſpecies hæc, quæ notiſſimos adoptionis terminos excedat; cum nec adoptio ſit ſtricte ſumpta, quia non ſit coram Magiſtratu; nec utique eſt adrogatio, licet reſcripto Principis fiat.

10. (f) Cum adoptio naturam imitetur, conſequens eſt, adoptatos iisdem juribus ſubjici atque potiri, quæ patriam poteſtatem in naturalibus liberis conſequuntur, ſecundum diſtinctionem *§. 2. h.* Quibus juribus ſubjiciantur dixi *tit. 9. §. 2.* Potiuntur jure ſuccedendi ab inteſtato, *§. 2. infr. de hered. ab int.* ex teſtamento heredes ſiunt neceſſarii, *§. 4. I. de exher.* &c. Ideoque nihil vetat, Adoptantem jus ſuum transferre, aliique filium cedere adoptandum, *§. 8. h.* non tamen Patri naturali, quoniam *imagine naturæ veritas adumbrari non debet*, *l. 23. de lib. & poſth. hered.* atque ut natura Pater nemo, dum vivat, eſſe deſinit, ita & in eo convenit adoptio, quod ad tempus fieri non poſſit, *l. 34. h. t.* Neque deſunt tamen exceptiones, in quibus adoptionis commentum naturæ effectu deſtituitur. Sic adoptivi nihil conferunt ad jus trium liberorum & evitandas orbitatis pœnas reſpectu hereditatum & honorum, *l. 51. §. 1. de Leg. 2.* aut excuſationis a publicis muneribus, *pr. Inſt. de excuſat. tut.* Tacit. *15. Ann. c. 19. Factum ex eo SCtum, ne ſimulata adoptio ulla parte muneris publici juvaret, ac ne uſurpandis quidem hereditatibus prodeſſet.* Conditio fideicommiſſi, *Si heres ſine liberis deceſſerit*, non deficit, liberis per adoptionem adſcitis, *l. 76. de C. & D.* neque ſuccedunt Adoptivi in feudis, *c. adopt. ſi de feud. defunct.* Denique cognatio per adoptionem non conciliatur, niſi a parte Patris, quæ eſt agnatio, *l. 23. h. t.*

11. Poſtremo, ut Pater naturalis non modo filium, ſed & nepotes ex eo, in poteſtate habet, *§. ult. ſup. de patr. pot.* ita Arrogator & hunc, quem immediate arrogavit, & liberos ejus, poteſtate complectitur, *§. 11.* Cum enim liberi ſint proprii Patris, neceſſario cui Pater ſubeſt, huic & liberi ſubjiciuntur, non ſecus ac bona ejus; In ſimplici adoptione id fieri nequit. Nam filiusfamilias liberos ſuos in poteſtate non habet, ſed Pater ejus, in cujus manu, cum adoptatur, eos relinquit, *l. 40.* Quod de Arrogatione dictum eſt, Imp. exemplo illuſtrat. Auguſtus diu cunctatus, an Germanicum Druſi uxoris nepotem, cunctis laudatum, ſibi ſucceſſorem deſtinaret, precibus uxoris evictus privignum Tiberium prætulit, Germanicum ſecundo loco habiturus, Tacit. *4. ann. 57.* Sueton. *c. 4. Calig.* Igitur Tiberium primo coëgit arrogare Germanicum, Suet. *c. 15. Tib.* tunc ipſe Tiberium in filium arrogavit, ut eodem actu absque nova adoptione, Germanicus ipſi pro nepote eſſet, *h. §. 11.* quo exemplo dein Hadrianus arrogavit Antoninum

(e) *Poſ. 9.* (f) *Poſ. 10.*

Pium,

Digitized by Google

Pium, poſteaquam hic Marcum, Marcus L. Verum adoptaſſet, uti ſic uno actu Adriano filius, nepos, pronepos adſciſceretur, teſte Capitol. *in Marco & in Vero.*

12. (g) Habuimus *ſupra* caſum, quo adoptio non tribuit effectum Patriæ poteſtatis; ſed quo nomen duntaxat & imaginem filii præſtat. Is erat, quando quis ab extraneo adoptatur. Alter caſus fuit in adoptione feminæ, & tertius eſt in ſervo adoptato, *§. ſequ.* Dominus ſervum adoptans, quod vult, id non conſequitur, quod non intendit, hoc agit, ait Theoph. Servus enim non fit ei filius, qui eſt finis adoptionis, ſed liber tantum. Nam etſi adoptionis actus valeat, ut pleroſque veterum ſcripſiſſe, Gellius teſtatur, *l. 5. c. 19.* quos inter *hic* Cato laudatur; tamen nec libertinis quidem permittendum eſſe, uti per adoptionem in jura ingenuorum invadant, Maſſurius Sabinus tradit, *d. c. 19.* Sed inutilis adoptio valet ut manumiſſio, *σιωπηρῶς* ait Theoph. ex tacita domini voluntate; Nam quem filium habere voluit, hunc multo magis liberum voluiſſe videtur, *arg. §. 2. inf. ex quib. cauſ. manum.* Hinc, ſi quis ſervum *actis intervenientibus* filium ſuum nominaverit, is liber fit, non filius, *§. ult. h.* Acta intervenire dicuntur, cum aliquid in Conſiſtorio Principis, aut magiſtratus auditorio, in publicos commentarios redigitur, *l. 45. l. 46. D. de re jud.* Giphanius *ad h. §.* Theophilus optime, *actis intervenientibus*, explicat, *εἰσελθόντος ἐν δικαστηρίῳ τινὸς καὶ εἰπόντος ἐν ὑπομνήμασι*, *ingrediente aliquo in locum judicii & memoriali ſcriptura adhibita teſtante.* Multa paſſim horum actorum mentio occurrit.

13. (h) Cæterum *Adoptio non jus ſanguinis, ſed agnationis adfert*, ait Paulus in *l. 23. h.* t. id eſt, non ea, quæ ſola natura confert, ſed quæ poſitivi juris ſunt: cum autem Nobilitas ſit excellentia generis a natura non introducta, ſed honorum uſu reperta, nihil vetat, illam adoptione acquiri. * Nec diſſentit Cuj. *Conſult. 56.* qui *nobilem*, ait, *ex ignobili adoptio facit, ſi gentem ſpectas, non ſi genus.* Nam Romana nobilitas eſt gentis. Genus quod per traducem, ut ajunt, propagatur, rationem mere naturalem habet, a quo diverſa eſt nobilitas, contra quam Tiraq. *de Nobilit. c. 15.* Clara apud Romanos res eſt, Tacitus 5. *ann. c. 1.* Liviam Auguſti uxorem vocat *nobilitatis per Claudiam familiam & adoptione Liviorum Juliorumque clariſſimam.* Idem *1. H. 15.* Galbam Piſoni adoptando ita locutum, *Inſigne*, ait, *tibi, Sulpiciæ ac Lutatiæ decora, nobilitati tuæ adjeciſſe.* Dignitas per adoptionem augetur, *l. 35. h. t.* & ſenatoriæ dignitatis, quæ eſt fons nobilitatis apud Romanos, fit conſors, qui adoptatur a ſenatore *l. 6. de ſenat.* Ingenuitas quidem adoptione non comparatur, *l. ult. h. t.* ſed hujus a nobilitate diverſa eſt ratio. Plura dix. in *lib. 2. Digreſſ. c. ult.*

14. Hodiernis moribus Adoptivi qui dicuntur, potius Alumni ſunt, nec jura liberorum vel in nuptiis, vel ſucceſſionibus, vel in nobilitate conſequuntur, Gudel. *1. de jur. noviſſ. 15.* Vinnius *pr. ad h. t. n. 2.* vid. tamen D. Voet. comment. *ad h. t. in f.* In Friſia noſtra, cum Statutis non ſit abolita adoptio, nihil obſtat, quo minus etiamnum ** obtineat. Extatque illuſtre exemplum Adrogationis in illuſtri Viro, ſupremæ quondam Curiæ Senatore primo, Legationibus magniſque in Rempubl. meritis notiſſimo ALLARDO PETRO a JONGESTAL, qui a Patruo Viro Ampliſſimo adrogatus, ſucceſſione inteſtati aliiſque juribus liberorum, ſine controverſia gaviſus eſt.

TIT. XII.

Quibus modis jus Patriæ poteſtatis ſolvitur.

Continuatio & modi tres recenſiti. Primo de morte natur. & Civ. ubi de relegatione. De ſervitute pœnæ & captivitate. Alter modus tollendi, dignitas. Tertius, emancipatio. Ejus effectus.

* Jure hodierno Germaniæ contrarium verius eſt, cum nobilitas ſanguinis Principis ex beneficio conceſſa cenſeatur, ac arbitrio adoptanis in ignobilem transferri nequeat. Stryk. *Uſ. Mod. L. 1. t. 7. §. 8.*

** Nec Saxonum Jure aut moribus adoptio exolevit, vid. Kulpiſ. *d. Adopt. & emanc. Princip. th. 7.* Menck. *Gymnaſ. Pol. Diſp. Civ. 1. th. 7.* Schilter. *adff. Ex. 3. th. 16.* licet nonnulli adoptionis loco unionem prolium mores Germanorum introduxiſſe autument. Gail. *L. 2. Obſ. 118.*

(g) *Poſ. 11. 12.* (h) *Poſ. 13.*

(a) QUænam perſonæ ſint alieni juris, & quando ſervi Dominorum, poteſtate liberentur, diximus: Patria poteſtas ad regendam familiam Jure Gentium introducta, eodem Jure, ceſſante hoc regimine, ſolvitur.

SCHOLIUM.

*Excipe terras, in quibus viget jus Saxonicum, ſecundum cujus diſpoſitionem in filio præciſe ſeparata œconomia * requiritur, quamvis in filia nuptiæ ſufficiant.*

Romani veteres duos tantum modos ſolvendæ Patriæ poteſtatis agnovere, mortem & voluntatem Patris, donec Byſantini Principes dignitates quasdam adjecerunt. Ita tres modi recenſentur *hoc tit.* Mors, Dignitas, & Emancipatio. Mors eſt vel naturalis, *h. pr.* quæ fit migratione ex hac vita; vel civilis, *§. 1.* cum libertas aut jus civitatis amittitur; tunc enim homines interire dicuntur, *l. 63. §. f. pro ſoc.* & ſervitus morti adſimilatur, *l. 5. §. 9. f. de C. & D.* Morte naturali cur ſolvatur patria poteſtas, nemo ambiget, cum procul dubio jus perſonale ſit, quod cum perſonis extingui debet, *l. 196. de R. J.* licet effectus ejus poſt mortem in multis rebus duret, *§. 3. inſ. de tut. Tit. de pup. ſubſt. §. 1. & 2. de her. qual. l. 5. pr. de C. & D.* Et quidem mors patris liberos in poteſtate habentis *αἰμάχως*, ſemper eam tollit: Quod ſi Pater ipſe adhuc filiusfamilias ſit, tunc Avi morte poteſtas in hunc transfertur. Si ipſe ab Avo emancipatus vel præmortuus ſit, tunc Nepotes avi morte fiunt ſui juris; Hoc ait Imp. *pr. h. t. Nepotes ſui juris fiunt, ſi poſt mortem avi in poteſtatem Patris ſui recaſuri non ſunt.*

2. (b) Prima ſpecies mortis civilis *§. 1.* recenſetur, deportatio in Inſulam, ſurrogata in locum veteris aqua & igni interdictionis, ut latius infra. Per hanc, ut reliqua civitatis jura, ſic & patria poteſtas tollitur. Perdunt enim omnia, quæ ſunt Juris Civilis, & quæ nudi Juris Gentium ſunt, retinent deportati, *l. 17. §. 1. de pœn.* Cum autem omnes fere patriæ poteſtatis effectus, mere civiles ſint, hinc, licet ipſa poteſtas ſimplici Jure Gentium deportato maneat, quia tamen Jure Civili enervatur, ideo & ipſa tolli dicitur. Qui a deportatione per principem ſunt reſtituti, patriam poteſtatem recuperant, *d. §. 4. inſ.* quod de reſtitutione ſpeciali intellige, per quam bona omniaque jura reſtituuntur, *l. 3. D. l. 1. 2. 3. 9. C. de ſent. paſſ.* Nam generalis quæ dicitur, nil niſi veniam delicti & reditum in patriam præſtat, *l. 2. ff. l. 2. 4. & ſeqq. C. d. t.* Relegati patres liberos in poteſtate retinent, ait Imp. *§. 2.* Relegati & Deportati ſunt ſpecies *exſulum*, qui tanquam *ex ſolo* pulſi dicuntur, cui Græcum *ἐξορίζω*, *extermino* ſive *elimino*, quod Theoph. uſurpat, convenit, *l. 4. l. 5. de interd. & releg.* Aliquando tamen relegati exulibus opponuntur, *l. 2. de publ. jud.* quod Ovid. *in Triſtib. ad Aug.* ſervat, & ex profeſſo ad uxorem, *lib. 5. eleg. 12.* qua mendacii arguit eos, qui relegatum ſeſe, exulem vocent. Tria potiſſimum interſunt; Deportati jura civium amittunt, relegati nil niſi ſolum ac cœlum patriæ, *l. 4. de Interd. & releg.* Deportatis bona auferuntur, non relegatis, niſi qui in perpetuum, idque pro parte, ſi ſpecialiter expreſſum ſit, *d. l. 4. inſ. & l. 14. eod.* Accurate Ovid. *d. eleg. Cæſar*, ait,

Nec vitam, nec opes, nes jus mihi Civis ademit:
Nil niſi me Patriis juſſit abire focis.

Deportatio ſemper fit in perpetuum, Relegatio ſæpe ad tempus, *l. 18. eod.* Feſtus ex Ælio Gallo tradit; *Relegatos dici proprie, quibus ignominiæ aut pœnæ cauſa neceſſe eſt ab urbe Roma, aliove quo loco abeſſe, Lege, SCto, aut edicto magiſtratus*, quod & verba relegandi, exſulis & *ἐξορίζειν* indicant. Poſtea obtinuit, ut in certum quoque locum relegati dicerentur, *h. §. 2. l. 4. d. t. de interd. & rel.* Romæ tamen olim in cives Romanos relegatio non exercebatur, ſed in peregrinos tantum aut Latinos. Primus ex urbe civis Romanus, eſt relegatus D. Lamia Eques præcipuus, teſte Cicerone *lib. 11. ad fam. 16.* Vid. quæ ſcripſ. *ll. 3. Digreſſ. c. 10.*

3. (c) Amittitur etiam Patria poteſtas ſervitute, tam ea, quæ pœna dicitur, *§. 4. h.* ** quam hoſtili, *§. 5. h. t.* Servitus pœnæ nihil eſt aliud,

* Nuptiæ ergo filii non ſufficiunt, nec majorennitas ſola, ut nonnulli volunt, vid. Thomaſ. *d. quaſ. emant. German. §. 45.* ſed a filio filiave majorenne, inſtituta œconomia peculiaris P. P. diſſolvit. v. Weichb. *art. 76. p. 1. C. El. 10.* ibique Carpz. *d. 1. ſeq.* Nec contrarium evincunt juris Saxonici ac Alemannici textus L. R. *l. 1. art. 11. 13. Spec. Suev. cap. 382.* qui potius de ſeparatione bonorum cum filia majorenni olim ſuſcipienda, quam ſolvenda per majorennitatem patria poteſtate loquuntur.

** Jure hodierno ceſſat, ac Jure inprimis Saxonico Jus Civitatis quoque ac Familiæ damnatis ad mortem ſalvum

(a) *Poſ. 1. 2.* (b) *Poſ. 3.* (c) *Poſ. 4.*

quam

quam ſtatus ſervilis eorum, qui capitis ſunt damnati, *l. 29. de pœn. l. 6. §. 6. de injuſt. rup. teſt.* ſæpe enim diu ſervantur damnati, ut quæſtio in eos ex aliis habeatur, *d. l. 29. in f.* & quædam ſpecies capitalium pœnarum per ſe non tranſitorium, ſed permanens ſupplicium, quod tractum temporis habet, continent, ut damnatio in metallum, ad ludum gladiatorium, item venatorium. Nam hi gladiatoriis pugnis & cum beſtiis exercebantur, ut populum oblectarent, & poſt triennium rudem ſperare poterant, interim tamen ſervi erant, *l. 8. §. 10. & 11. de pœn.* alii ad gladium damnati vel beſtiis ſubjecti ſtatim conſumebantur, Cujac. *13. obſ. 10.* Porro, qui ab hoſtibus bello juſto ſunt capti, cum ſervi hoſtium fiant & civiliter moriantur, neceſſario & patria poteſtate excidunt: Sed quia inter populos receptum eſt, ut qui ab hoſtibus durante eodem bello, reverſi ſunt, jura ſua recuperent, quod jus *poſtliminii* vocatur; hinc propter incertum eventum, quamdiu captivi apud hoſtes vivunt, jus eorum, nominatim Patriæ poteſtatis, *ſuſpenſum* dicitur, etſi revera *extinctum* ſit, *arg. l. 21. ad L. Jul. de adult.* Ideoque liberi interim nuptias contrahunt, res acquirunt, teſtamenta condunt, omniaque ut Patresfamiliarum agunt. Sed reverſis in civitatem Patribus, jure *poſtliminii* non modo exinde in Patriam poteſtatem recidunt, ſed habentur, quaſi perpetuo in ea manſiſſent, & ſic omnia retro exiſtimantur: Nuptiæ quaſi Patris juſſu contractæ, & in ejus poteſtate proles, Teſtamentum irritum, Dominia rerum Patri quæſita, *l. pen. de ſuis & legit. her.* & perinde in cæteris, *ac ſi Pater nunquam captus fuiſſet.* Nam hoc ipſum & quod filius ſemper in poteſtate manſerit, fingit jus *poſtliminii, §. 5. h.* & Theoph. Quod ſi Patrem apud hoſtes mori contingat, tum liberi, ut revera Patre capto ſui juris ſunt facti, ita continuant hoc jus, atque inde a primo captivitatis momento, quod quæſiverunt & geſſerunt, valet, ipſisque cedit, adeo, ut quod unus filiorum (vid. Theoph.) ex peculio profectitio interim lucratus eſt, id cum reliquis communicare non teneatur, verum ſolus retinere poſſit, ut qui jam tum ſui juris fuerit; non ſecus, ac ſi Pater in puncto captivitatis adhuc liber & civis extinctus eſſet, quod Lex Cornelia tradit, ac fingit, *l. 12. D. qui teſt. l. 18. de Captiv. & poſtlim.*

4. (d) Secundus modus, quo ſolvitur Patria poteſtas, eſt *Dignitas*, cui tamen veteres Romani hanc vim minime tribuerunt, cum Dionyſ. *lib. 2.* memoret, Patres ſæpe filiis ſummo magiſtratu præditis & ſeditioſe concionantibus, ſpectante populo, manus injeciſſe & obtorto collo domum abduxiſſe; quod tamen reverentiæ magis quam jure expreſſum videtur. Nam in publicis cauſis filiusfamilias pro patrefamilias habetur, *l. 9. de his, qui ſui vel al. jur. ſunt.* non quod revera talis ſit, ſed quod Pater in Reipublicæ functionibus filium minime habeat obnoxium, quod & priſcis Romanis ita ſervatum fuiſſe, multa declarant. *Vid. l. 13. §. ult.* cum *l. 14. pr. ad SCt. Trebell.* Cæterum, Juſtinianus ſolos Patricios Patrum poteſtati exemit, *§. 4. h. t. l. 3. & 12. C. de Conſul. lib. 12.* Patricii fuerunt Conſiliarii Principis, quaſi Patres, aut Reip. aut ipſorum, ut hic textus inquit, Principum, *item d. l. ult. C. de Conſ. N. 81.* Unde Valentinianus *Nov. ſua 2.* Aetium ducem celeberrimum, vocat Parentem ſuum cariſſimum; forte rerum quoque geſtarum ac ætatis intuitu; quod nec hodie inuſitatum Principibus. Poſtea, ut in neotericis inventionibus fieri amat, privilegium hoc Patriciatus ad alias dignitates productum eſt, omnesque eas, quæ ab oneribus curiæ liberant, ut ſunt Conſulatus, Conſularitas, magiſterium militum, Præfectura Prætorii, Urbis, Patrocinium Fiſci, aliaque *l. f. C. de Decur. lib. 10.* denique Epiſcopatus, *N. 81. c. 3.* Sed hodie in quaque Civitate, dignitates quæ ad ſummam Rempubl. ſpectant, hoc effectu gaudent; veluti apud nos Patribus ſubducuntur, ut putem, Legati ad Comitia, Ordinum Deputati, Senatores ſupremæ Curiæ, Ærarii Præfecti, Legati ad Collegia *Ordinum Generalium* &c. ſimiliter qui militares ordines nomine *Generalium* ducunt, nam hoc *ἀναλογία* magiſterii militum præ ſe fert.

5. (e) Tertius, quo Patria poteſtas tollitur, modus, Emancipatio, eſt Actus Legitimus, quo filiusf. voluntate Patris ex poteſtate ejus dimittitur. Eſtque vetus aut nova; Vetus aut Legitima aut Anaſtaſiana, *§. 6. h. t.* Illa per ritus quosdam ſolennes ſecundum antiquam Legum obſervationem fieri ſolebat. Nam propter jus illud ter vendendi, de quo ſæpius dictum, non videbatur filius plane ſui juris fieri poſſe, quam ter venditus a Patre. Hujus rei imago in emanci-

ſalvum manet. *P. 3. C. 6.* ibique Carpz. *def. 1. Id. p. 2. dec. 101. n. 13.* conf. Lüd. Mencken. *Diſputat. de teſtamenti factione damnatis ad mortem Jure Civili denegata, & moribus plerisque aſſerta. th. 25. ſeqq.* v. Ant. *ad. tit. 16. §. 2.*

(d) *Poſ. 5. 6.* (e) *Poſ. 7. 8. 9.*

pationе fuit, ut de adoptione dictum *tit. præc. n. 1.* Emptor eum quaſi ſervum ſuum bis manumittebat, adhibitis ſolemnibus, in manumiſſione ſervorum uſitatis, de quibus vid. Briſſon. *l. 1. antiq. c. 11.* Tertia venditione (in filiabus una venditio ſuffecit) Pater fiduciæ pactum adjiciebat, ut emptor, qui inde Pater fiduciarius dicebatur, filium non manumitteret, verum ſibi remanciparet, ut ſic tertium venditus ac quaſi ſervus Patris factus, ab ipſo manumitteretur, atque ita non emptor ille ſeu fiduciarius Pater, ſed naturalis, jura patronatus in emancipatum tanquam libertum conſequeretur, de quibus *hic in §. 6.* nempe tutelam legitimam, ſucceſſionem ab inteſtato, bonorum poſſeſſionem contra tabulas, aliaque, de quibus infra ſuis locis. Ex his intelligitur, quid velit Rubrica *D. ſi a Parente quis manumiſſus;* quæ ſit imaginaria ſervilis cauſa in emancipatione, de qua *l. 3. §. 1. de cap. dimin.* & rhapiſmata, *in l. ult. C. de Emancip.* vid. Cajum *tit. 6. §. 4.* Ulp. *tit. 10.* Theoph. *h.* Sed cum hæ imaginariæ ambages poſteritati diſpliciuiſſent, Anaſtaſius Imp. conſtituit, ut exemplo adoptionis, emancipatio fieret per Reſcriptum Principis, libello ſupplice a Parentibus oblato, *l. pen. C. de Emancip.* Hæc fuit vetus emancipatio: Sequitur Nova; nam Juſtinianus ne Principem quidem adiri voluit; modo, ut Pater apud eum, qui Jurisdictioni præeſt, præſente filio, declaret, eum ſe poteſtate ſua liberare & emancipatum facere, *l. ult. C. d. t. h. §. 6. ibique* Theoph. Ex quo liquet, filium debere præſentem eſſe, & conceptam Patris declarationem requiri, quod æque in adoptione obtinet, *§. ſeqq.* adeo ut hæc etiam Juſtinianæa emancipatio, & hodierna adoptio, ſint actus legitimi, *arg. l. 123. de R. J.* Quatenus autem acta judicialia ſcripto conſtant, etiam in adoptione & emancipatione noviſſima ſcripturam intervenire oportet, non quod iſti actus literis perficiantur, ſed quod acta utique ſcripta ſint, ut quæſtio, quam hinc movent aliqui Interp. an ſcriptura ad illos actus requiratur, exigui ſit momenti, *vid. d. l. pen. & d. l. ult.* juncta *l. 2. C. de Emancip.*

6. (f) Hæc autem æque erga Nepotem, quam filium obtinent; quia æqualis in utrumque poteſtas competit, adeo ut nihil vetet, eum, qui filium ac nepotes habet, nepotibus emancipatis, filium, qui parens eorum eſt, in ſacris retinere; vel contra, filio dimiſſo, retinere nepotes ex eo; quis enim avo modum aut ordinem remittendi juris ſui præſcribat? *§. 7. h. t.* Nec conſenſus quidem filii, in nepotis emancipatione, diverſa eſt ratio. Scil. in conſtituendo nepote vertitur præjudicium Patris, & juri ipſius detrahitur, ſi invitus heredem habebit; In dimittendo nepote, avus ſuum duntaxat jus, nullum filii, qui nondum habet patriam poteſtatem, remittit. Sed liberi poſt emancipationem filio nati, cum Paterfamilias jam ſit, in ipſius poteſtate ſunt; modo ex temporis ratione conſtet, conceptionem in utero uxoris, poſt emancipationem eſſe factam; aliter avo jus in ventrem quæſitum auferri nequit, *l. 7. l. pen. de ſtatu hom. §. 9. h. t.* Proinde qui poſt dies CLXXXII. a tempore emancipationis prolem ſuſcepit, habet eam in poteſtate, quia hoc tempus habetur legitimum, quo partus edi poſſit in lucem, *l. 3. §. ult. de ſuis & legit. her.* Hippocr. *de partu ſeptim.* οἱ μὲν ἑπτάμηνοι γίνονται ἐκ τοῦ ἑκατὸν ἡμερῶν καὶ ὀγδοήκοντα καὶ δύο καὶ προσόντος μορίου. *Septimeſtres partus ſiunt ex diebus centum octuag. & duobus, & parte diei ſequentis.* Quæ verba indicant, tempus illud naturaliter eſſe computandum, ſiquidem dies 182. non faciunt ſex menſes integros, ſed minus dimidia die. Denique Adoptio per emancipationem olim etiam peragebatur, de quo *ſupra,* ut mirum non ſit, eam in *§. 8. h. t.* inter modos ſolvendæ poteſtatis recenſeri, ejus cauſam eſſe modo audivimus. Neque enim poteſt eſſe modus acquirendæ, reſpectu Patris Adoptantis, niſi pariter modus amittendæ ſit, reſpectu naturalis; Liberatur Patris ſui poteſtate filius, qui ab alio adoptatur, nec tamen fit ſui juris, ut in emancipatione propria; nam tranſit in poteſtatem adoptantis, vel ſi is extraneus ſit, nihil innovatur, ſecundum diſtinctionem *§. 2. de adopt.* Per adrogationem patris naturalis, qui nullus eo caſu eſt, non tolli poteſtatem, ipſa res loquitur.

8. (g) Præter hos tres modos, amittitur etiam Patria poteſtas in liberos prioris matrimonii, inceſtuoſa patris digamia, *Nov. 112. c. 2.* Item expoſitione infantis, *l. 2. C. de infant. expoſ.* Porro, licet ipſa Emancipatio actus ſit voluntariæ Jurisdictionis, qui inter invitos non procedit, ſunt tamen caſus, quibus Pater etiam invitus poteſtatem in liberos amittit. I. ſi pudicitiam eorum proſtituat, *l. 12. C. de Epiſc. aud.* II. Si contra pietatem in eos ſæviat, *l. ſ. ſi quis a par. man.* III. Si cum pecuniam acceperit ut emancipet, ter-

(f) *Poſ. 10. 11.* (g) *Poſ. 13. 14. 15.*

giverſe-

giverſetur, *l. 1. §. 3. eod.* IV. Si quid relictum ſibi ſub conditione emancipandi agnoverit, *l. 92. de C. & D.* V. Si impubes adrogationem probet ſibi damnoſam eſſe, *l. 32. & ſeqq. de adopt. l. 3. §. 6. de minor.* Adeo autem voluntaria fuit alioquin adoptio, uti nec Pater invitos liberos emancipare potuerit; nec olim, Paul. *2. ſent. 25. in fin. l. pen. C. de emancip.* nec hodie, *Nov. 89. c. 11. in pr.* quanquam hujus regulæ dari videntur exceptiones, ſiquidem in *§. 3. Inſt. de Adopt.* liberi adoptivi cauſa cognita, digni emancipatione pronunciari poſſunt, adeoque juſta ex cauſa poſſunt emancipari, quod etiam eſt *in l. 132. de V. Obl.* Jus etiam vendendi liberos, de quo ſæpius dictum, erat quidam modus emancipandi invitos; denique ſatis conſtat, quod Pater olim e domo familiaque ſua filium ejicere potuerit. Vide exemplum apud Val. Max. *l. 5. c. 8. n. 5.* & Dionyſ. *l. 2.* quibus iterum non obſtat *l. 6. C. de Patr. pot.* quia ſolummodo vetat *ἀποκήρυξιν* Græcam, moremque liberos abdicandi ordinarium per præconem.

8. (h) Cæterum, cum filius, permittente Patre, familiam ipſe condit, paternæ familiæ pars, eique ſubjectus eſſe deſinit. Hinc moribus hodiernis optima ratione placuit, matrimonio* tanquam novæ initio familiæ, jus patriæ poteſtatis extingui, quod & in ſeparata œconomia, cum Pater filium habitare ſolum & res ſuas adminiſtrare permittit, in Germania alibique receptum, Treutl. 1. *diſp. 6. th. f.* quia & hoc caſu filius ipſe novam inchoat familiam, *οἶκον*, ſive domum, ut Græci. Cæterum, moribus hoc jus ſolis debetur, & perperam ex *l. 1. C. de Patr. pot.* Juri Civili attribuitur.

Tit. XIII.

De Tutelis.

Quis Paterfamilias. Tutelæ definitio expoſita. Diviſio tutelæ in genere, tam legitimæ & dativæ, quam teſtamentariæ. De perſonis, qui tutores dari poſſunt.

(a) ABſolutum eſt primum membrum ſecundæ perſonarum diviſionis, de his, qui ſunt in aliena poteſtate: ſequuntur perſonæ, quæ ſui juris & ſuæ poteſtatis ſunt; nam hi termini hac parte nihil differunt, *princ. de his, qui ſui vel al. jur. ſunt. l. 4. D. eod.* Qui ſunt ſui juris, ſeu, quod idem, ſuæ poteſtatis, dicuntur Patres familiarum, *d. l. 4. l. 195. §. 2. de V. S.* Ratio appellationis videtur, quia duæ ſunt partes familiæ, una imperans, & quæ ſubjecta eſt, altera; Paterfamilias ſolus imperat, Ergo qui non eſt ſubjectus imperio familiæ, Paterfamilias habetur; proinde omnis homo liber non habens Patrem, quia non eſt ſubditus imperio domeſtico, Paterfamilias eſt, etſi *ἄπαις*, imo impubes; Nam & pupillum ſui juris & patremfamilias eſſe, loquuntur *citatæ ll. 4. & 195. §. 2.* Quin & Paterfamilias, ſervorum quoque reſpectu, quoniam imperat iis, vocatur, Sen. *epiſt. 47.* Paterfamilias & Dominus idem ſignificant, *Pater* enim *familias appellatur, qui in domo dominium habet*, ait *d. l. 195. §. 2.* Vide Ræyard. 4. *varior. 12.* Patres familiarum igitur ſunt vel puberes vel impuberes. Illi ſunt vel perfectæ ætatis, vel minores. Perfecta ætas eſt 25. annorum, *l. ult. C. de his, qui ven. æt. impetr.* Minores in cura ſunt, impuberes in tutela & pupilli dicuntur, *l. 239. de V. S.* Ergo pupilli tutorem habentes, ſunt Patres familiarum & ſui juris; nam Jus & poteſtas in hac materia ſunt unum idemque, *d. pr. & d. l. 4.* Et quanquam verbo latius accepto poteſtates ſint multæ, ac etiam tutoria poteſtas recte dicatur, in hac tamen diviſione vox poteſtatis ſtricte accipitur & per excellentiam tantum de herili & Patria; quoniam hæ certis & luculentis effectibus jure ſunt præditæ, quibus aliæ poteſtates carent, adeo ut qui harum neutri eſt ſubjectus, dicatur ſuæ poteſtatis, diſſentiente Merillo *3. variant. ex Cujac. c. 21.* per *l. 43. de O. & A. Obligari poteſt*, habetur ibi, *Paterfamilias, ſuæ poteſtatis pubes compos mentis*, ex qua tamen nihil contrarii deducere poſſis. Cæterum exercitio poteſtatis ſuæ, ob defectum rationis carere pupillos, res docet, & Apoſt. *c. 4. ad Gal. v. 1.* heredem pupillum *οὐδὲν διαφέρειν δούλου, nihil a ſervo differre.* Alio ſenſu Lactantius *l. 4. c. 3. idem*

* Matrimonium filias tantum a patria poteſtate liberat, filiis, niſi propriæ rei domeſticæ curam ſuſcipiant, in eadem remanentibus. v. Thomaſ. *Schol. ad h. t. §. 1.*

(h) *Poſit. 16.* (a) *Poſ. 1. 2. 3.*

ſervus eſt, qui & filius, inquit, quod explica ex eo, quod modo diximus.

2. (b) Definitur Tutela ex Servio; *Vis ac poteſtas, in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem ſe ipſum defendere nequit, Jure civili data ac permiſſa, §. 1. h. t. l. 1. de tut.* Pro genere, *vis*, multi mallent *jus ac poteſtas*, ut vertunt Græci Harmenop. & Theoph. *h. δίκαιόν τι καὶ ἐξουσία*, ſed nihil opus emendatione, quoniam ſæpe voces hæ in jure & alibi junguntur, *l. 17. de LL.* ſcire leges non hoc eſt, verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem. adde *§. 3. Inſt. de interd.* apud Tacitum *2. hiſt. 39. & 3. hiſt. c. 11. vis ac poteſtas imperii.* Si quis putet, vim ac poteſtatem ita diſcrepare, ſicut Beza *not. ad cap. ult. Matth. v. 18. δύναμιν καὶ ἐξουσίαν* diſcrepare docet, tum dicere liceat, poteſtatem eſſe facultatem faciendi, in actu quaſi primo, *vim* ſignificare jus exercendi facultatem illam & ejusdem efficaciam. Verba *in capite Libero* argutantur Interpp. de pupillone, an tutore intelligenda ſint; & quidem plerique de pupillo malunt, ſed rationes, quibus utuntur, non multum intereſſe probant, de utro accipiantur. Verbum enim *tutela* perinde ad eum, cui vis ac poteſtas, quam ad eum, in quem competit, æque ad tutorem, quam ad pupillum pertinet. Nimirum, uterque tam tutor quam pupillus, debet eſſe liber, ut tutela effectum habeat; nam cum ſervus dicitur tutor dari, *§. 1. qui teſt. tut.* additur, eum confeſtim liberum fieri, quod fit etiam, cum ſervo tutor datur, *l. 9. l. 13. de tut. dat. ab his.* Verum tamen eſt, quod Veteres verba *caput liberum*, de eo qui ſubeſt, potius, quam qui regit, uſurpent, Ulp. *d. tit. 11. §. 5.* & Gellius *d. c. 19. l. 5.* pupillum diſerte *caput liberum fidei tutoris commiſſum* vocat; & eſt antiqua locutio, in eo, in capite, pro in eum, in caput, Gell. *d. c. 19.* Uti *vita neciſque in eo poteſtas ſit, uti Patri endo filio eſt*, & L. XII. Tabb. *Agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto.* Quin, quod inſolentius, in hoſtium poteſtate perveniret, habet *l. 12. qui teſt. fac.* redire in poteſtate *l. 4. §. 12. & 21. de Uſuc.* Voce *tuendi* non ſimplex defenſio continetur, ſed officium proſpiciendi pupillo de omnibus ad vitam neceſſariis, ut *in l. pen. pr. de in rem verſ.* ubi tueri, alere & exhibere ſe, pro iisdem uſurpantur. Sueton. in *Jul. c. 86*, cum tenuiorum tutelam locupletiores in ſe contuliſſent; ubi tutela pro exhibitione omnium, quæ ad vitam requiruntur. *Eum*, in genere maſculo, quia reſpicit ad particulam ſequentem *qui*, non ad præcedentia *caput liberum*. Verba *per ætatem*, ſignificant tutelam perpetuam, in qua propter ſexum erant mulieres, * proprie voce tutelæ non fuiſſe uſitatam, ne olim quidem ætate Servii, & improprie talem fuiſſe, quod tantum auctoritate tutorum mulieres indigerent, adminiſtratione, quæ præcipua pars eſt, ipſæ fungerentur, Ulp. *tit. 11. pr.* Boet. *in Top.* ut tamen ipſa auctoritas ad adminiſtrationem quoque pertineret, teſte Cicerone *pro Cæcin.* ubi; *Ipſe nunquam auderet judicare, deberi viro dotem, quam mulier nullo auctore dixiſſet.* Verba ultima volunt, tutelam eſſe Juris civilis, ſed mixti, nam fundamentum & originem ex Jure Naturæ ac Gentium habet, *§. pen. infr. de Attil. tut.* Sed Verbum *data* ad Legitimam, *permiſſa* ad teſtamentariam atque dativam tutelam pertinet: quanquam primo auditu verbum *data* potius ad dativam referendum videbatur. Sed ratio eſt, quia legitimam Jus ſive lex dat immediate, reliquas proxime dat Teſtator

* Per legem Claudiam ſcilicet, de qua vid. Gravinam *de Origine Juris p. 65.* Brunnem. *ad L. 3. C. de legit. tutor.* Jac. Gothofr. *ad l. 2. C. de tutor. creand.* Schilter. *Ex. 37. th. 221. ſeqq.* add. Everard. Otto *de perpet. feminar. tutel. §. 3. ſeq.* Jure Saxonico hæc mulierum cura perpetua etiamnum obtinet, non communi tantum, vid. *L. R. L. 1. art. 31. & 45.* ſed etiam electorali, *P. 2. C. El. 15. Dec. El. 24. O. P. S. T. 8.* v. Diſp. Jacobi *de Curatore Mulieris Saxonico, Lipſ. an. 688. hab.* ita nimirum ut ſive ſolutæ, ſive matrimonii nexu vinctæ ſint, ſine curatore præjudicialem actum minime ſuſcipere valeant, cui doctrinæ temperamentum dat *L. R. L. 1. a. 45.* quo extra Electoratum virginibus ac viduis, non adhibito curatore, libere contrahere permittitur. Coler. *Deciſ. 67. n. 41.* Diſtinctius hoc exſequitur *Mandatum noviſſimum ad declarationem P. 2. C. El. 15. a Rege noſtro potentiſſimo d. 18. Nov. 1722. emiſſum*, vigore cujus feminis ſolutis, majorennibus tamen, extra caſum donationis & mercaturæ, mobilium, non autem Geradæ alienatio, neglecto curatoris aſſenſu permittitur; Uxorum vero cambia, chirographa, omnesque actiones citra mariti aut curatoris alius conſenſum ſuſceptæ ipſo jure annullantur, ut nulla poſt mariti obitum adverſus viduam, niſi novatio acceſſerit, detur exactio. conf. Menck. *Tract. Synopt. Proc. ad Tit. 32. pag. 916.*

(b) *Poſ. 4. 5. 6. 7.*

Digitized by Google

vel magiſtratus, Lege permittente, ſed & modum præſcribente.

3. (c) Igitur ſpecies tutelæ tres ſunt; Teſtamentaria, Legitima, Dativa, quæ & honoraria a Magiſtratibus vocatur. Prima omnium Teſtamentaria, a parentibus datur, cujus aliqua dum ſpes ſupereſt, reliquæ excluduntur, *l. 11. in fin. pr. de teſtam. tut.* Definitur in *§. 3. h. t.* cum Parentes liberis impuberibus, quos habent in poteſtate, dant tutores teſtamento, *vel codicillis teſtamento confirmatis*, quod addendum ex *l. 1. §. 1. de confirm. tut.* Fundamentale igitur requiſitum Teſtamentariæ tutelæ eſt hoc, ut liberi ſint in poteſtate Parentum. Unde ſequitur, matrem, cujus nulla civilis poteſtas eſt, non poſſe tutorem liberis ſuis jure quidem dare; quanquam, ſi dederit eum, decreto magiſtratus confirmatur, *l. 4. de confirm. tut.* quod ſemper defectum juris arguit, *l. 1. de confir. tut.* Porro, tutor a matre datus non aliter confirmatur, quam ſi & mater liberos heredes inſtituerit, *d. l. 4.* cui ne obſtet *l. 4. C. h. t.* alterum ibi *non* delendum Cujacius monet, adeo ut nihil matri indulgeatur præ quovis extraneo, cui tantundem licet, *d. l. 4. de confirm. tut.* Pater vero quamvis emancipato filio tutorem jure non det, datus tamen confirmatur ſimpliciter, etſi filius heres non ſit, *l. 3. de confirm. tut. §. ult. h. t.* niſi evidens pupilli utilitas aliud poſtulet, *l. 10. eod. tit.* Quod ſi filiusfamilias a patre ſit exheredatus, huic tamen abſolute, ut nec confirmatione opus ſit, tutor dari poteſt, *d. l. 4. de teſt. tut.* Cauſam dandi tutoris, quæ eſt patria poteſtas, exheredatio non ſolvit, exemplo ſubſtitutionis pupillaris, *in §. 4. Inſt. de pup. ſubſt.* Cui opponitur *l. 73. §. 1. de R. J. l. 53. de V. S. l. 26. §. ſ. de Teſtam. tut.* ad quas reſponſa damus *in parte 2. tit. ff. de Teſt. tut.* Sed alius heic ſcrupulus ſedet, quomodo a verbis XII. Tabb. *Paterfamilias uti ſuper pecunia tutelave rei ſuæ legaſſit, ita jus eſto*, quemadmodum citantur ab Ulpiano *tit. 11. §. 14.* & *aliis*, tutela deduci queat, ſolis patribus jure patriæ poteſtatis conveniens. Egimus hac de re in *lib. 3. Digreſſ. cap. 3.* cujus ſumma eſt, Juriſconſultos ex iis verbis collegiſſe duplicem tutelam, unam in rem, alteram in perſonam pupilli. In rem, quæ datur a quolibet teſtatore pupillum heredem faciente, *l. 4. de teſtam. tut.* In perſonam, quæ jure patriæ poteſtatis competit, *l. 1. eod. tit.* nam reliqui teſtatores in perſonam pupilli nullum jus ſtatuere poterant, in quam ipſi nihil juris habebant, Tutela vero datur in perſonas, *§. 4. h. t.* Hanc igitur patriæ poteſtati convenientem ſimpliciter appellarunt teſtamentariam, idque eſt, quod in *l. 120. de V. S.* ſcriptum eſt, verba legis XII. latiſſima cum eſſent, auctoritate jura conſtituentium eſſe coangustata. Latiorem tamen ſenſum hactenus conſervarunt, ut cuique patrifamilias teſtatori jus darent, pupillis heredibus ſuis dandi tutorem in pecuniam a ſe relictam. Prior ſpecies proprie teſtamentaria, poſterior improprie talis dicenda videtur. Proprie, inquam, dicta eſt ea, quam modo definivimus. Impropria, cum pater filio emancipato, vel mater aut quilibet extraneus, pupillo heredi a ſe inſtituto, dat tutorem in teſtamento, ad res illas hereditarias, *l. 4. de confirm. tut. l. 4. de teſtam. tut.* E definitionibus & dictis reliquis, collige triplicem harum ſpecierum differentiam, I. Tutelæ Teſtamentariæ proprie dictæ, fundamentum eſt patria poteſtas; In impropria, teſtator non habet in poteſtate pupillum. II. Proprie teſtamentaria decerni poteſt in liberos etiam exheredatos, modo in poteſtate ſint, *ut diximus.* Impropria non valet, niſi per conſequentiam heredis inſtitutionis, *d. l. 4.* III. Tutores proprie dati teſtamento, immediate a teſtatore proficiſcuntur, nec ulla confirmatione magiſtratus indigent, *l. 7. de Teſtam. Tut.* Verum improprie dati a Magiſtratu confirmandi ſunt, & vi confirmationis illius valent, *l. 1. & 5. de confirm. tut.* Accedit hæc differentia; Tutores proprie teſtamentarii, in perſonam dati intelliguntur, *§. 4. Inſt. Qui teſtam. tut.* Dati improprie teſtamento, *in rem dati* videntur, *d. l. 4. de teſt. Tut.*

4. Porro, quia ſub liberis nepotes continentur, *l. 220. de V. S.* ſequitur, avum etiam paternum nepotibus, quos in poteſtate habet, recte tutorem dare; modo poſt mortem ejus termini habiles tutelæ ſint futuri; qui deerunt, ſi nepotes, avo defuncto, in poteſtatem Patris ſint recaſuri, *quia patriæ poteſtati & tutelæ nemo ſimul poteſt ſubeſſe.* Sunt hæc duo *ἀσύστατα*, *ſupr. de his qui ſui vel al. jur. & princ. de tut.* Non recidunt autem liberi morte avi in patris poteſtatem, quando pater ante avum mortuus, vel emancipatus eſt; quod etſi tempore teſtamenti facti nondum evenerit, ſi tamen ante mortem avi contingat, tutoris datio prius vitioſa convaleſcit, *l. 10. §. 2. de teſt. tut.* His etiam, qui mor-

(c) *Poſ. 8. 9. & ſeqq.*

tuo

tuo Patre ſperantur naſcituri, id eſt poſthumis, tutor dari poteſt, modo in tali ſtatu naſcantur, ut patri, ſi viveret, ſui heredes forent. Nec eſt quod quis miretur, tutelam poſthumis applicari, nondum perſonis,neque pupillis, *l. 161. de V.S.* ſed qui mulieris & viſcerum portio ſunt,*l. 1. §. 1. de ventr. inſp.* nec homines recte dicuntur, *l. 9. §. 1. ad L. Falc.* quin ſciat, poſthumos hic non ut ventres conſiderari, quibus curator, non tutor datur, *tit. de ventre in poſſeſ. mitt. & curatore ejus.* ſed ut jam natos, adeo ut abortu non minus tutela quam ipſi pereant: ſcriptumque eſt generaliter, poſthumos pro jam natis haberi, quoties de ipſorum commodis agitur, *l. 7. l. pen. de ſtat. hom.* ſed parentum commodis non proſunt, niſi jam nati, *l. 2. §. 6. de excuſ. tut.* Neque tamen legatum filiabus relictum, poſthumis etiam debetur, *l. 15. §. fin. l. 17. pr. de leg. 1.* quia legata ſunt benevolentiæ *ſingularis* teſtimonia, qua teſtator ei, qui non eſſet, obſtringi non potuit.

SCHOLIUM.

Hanc rationem quamvis non improbem, videtur tamen ea ulteriori declaratione indigere, ne quis objiciat, etiam tutoris dationem eſſe teſtimonium benevolentiæ paternæ. Dicerem ego, in Tutoris datione præſumptionem eſſe pro poſthumis, quia hic æqualis cauſa benevolentiæ, quæ patrem ad tutorem dandum movet, adeſt, nec per extenſionem ad poſthumos aliquid natis decedit, ſed ſaltem tutor magis oneratur. Unde ſine dubio, ſi patrem quis tempore facti teſtamenti interrogaſſet, an ſub voce liberorum etiam poſthumos voluerit intelligere, Pater annuiſſet. At legatorum cauſa eſt benevolentia aliqua ſingularis, & præterea ſi legatum ad poſthumos extenderetur, vel heres, vel collegatarii, damnum aliquod majus ſentirent. Breviter, ibi materia eſt favorabilis, hic odioſa. Ergo ibi vox liberorum extendenda, hic reſtringenda.

RESPONSIO.

Minus commode legati adverſus liberos cauſa, ſive jam natos ſive poſthumos, odioſa *vocatur. Pro inſtituto brevitatis noſtræ, ſufficit addita vox* ſingularis *benevolentiæ, in legatis; cum Tutela curam Patris habeat communem & promiſcuam omnibus liberis, etiam naſcituris.*

N. ADDIT.

Ergo revera Scholion noſtrum non taxatur, ſed ſecundum iſtius ductum textus prælectionum, etſi id uno verbo fiat, emendatur. Quod autem additur, minus commode legati adverſus liberos cauſam, ſive jam natos, ſive poſthumos, odioſam vocari, uti videtur id ſignificare, quod id legatum non ſit odioſum dicendum intuitu liberorum, ita aperte non ferit ea, quæ in Scholio dicta ſunt, quod ſit odioſum intuitu heredis aut collegatariorum, qui videlicet legato gravati erant. Interim hoc non obſtante, jam illa, quæ de favorabilibus & odioſis in Scholio dicta ſunt, malo omitti. Dum enim iſtud Scholium ſcriberem, nondum agnoveram, totam doctrinam de favorabilibus & odioſis parum facere ad interpretationem legum, & regulam illam, favorabilia eſſe extendenda, odioſa reſtringenda, & falſam & inutilem eſſe, ut latius fuit deductum in Inſt. Jurisprud. div. lib. 2. cap. 12. §. 159. ſeq. & in diſputatione ulteriori ea de quæſtione, quæ d. l. 2. ſubjuncta eſt p. 372. ſeqq.

TIT. XIV.

De his, qui Tut. teſtam. dari poſſ.

Filiumfamilias recte tutorem dari, quin etiam ſervum aliquo modo. Furioſi & minores quo ſenſu Tutores dari poſſint. Tres regulæ fundamentales tutelæ teſtamentariæ. Liberorum & filiorum diſcrepans appellatio.

(a) RUbrica XIV. eſt *de his, qui teſtamento Tutores dari poſſunt*, quod facillime ex oppoſito, id eſt, qui prohibentur, vel de quibus dubitari poſſit, intelligitur, ut ſunt filiifamilias, ſervi, minores annis 25, furioſi. Nam licet abſurdum videatur, ut tutoria poteſtas detur ei, qui non eſt ſuæ poteſtatis, *arg. l. 21. ad L. Jul. de adult.* tamen, quia tutela eſt ex publicis muneribus, in quibus ad Patriam poteſtatem non attenditur, nulla ratio filiosfam. arcet, in *pr. h. t. l. 9. de his, qui ſui vel. al. jur.* Et *d. l. 21.* non niſi de poteſtate ſtricte ſumpta, ſcil. patria & herili, loquitur. Proinde & a magiſtratu filiusfamilias recte datur tutor, *l. 7. de tutel.* & quo minus a Lege vocetur ut ſanguine proximus, nulla quidem ratio juris prohibet, ſed ordo propinquita-

(a) *Poſ. 1, 2.*

Digitized by Google

ſis obſtat, quo minus proximum gradum attingere poſſit; quia neceſſario pater eum in computatione præcedit, niſi hic mente captus ſit, quem ordo Legis prætervehatur. Quin & ſervus poteſt tutor eſſe, non qua talis, ſed ut libertatem expectans. Proinde qui proprium ſervum tutorem deſtinat, hoc agere debet, ut liberum faciat; alienus vero, quem liberare nequit, ſic dandus eſt, *ſi liber erit*, *§. 1. h. t.* Si proprium teſtator non dixerit expreſſe liberum, ipſa tutoris datio libertatem ei, ut neceſſarium conſequens, (cum nemo particeps juris civilis, quo tutela pertinet, eſſe poſſit, niſi liber) ex præſumpta voluntate tribuit, & quidem directam, ait *hic Imperator*. Sed quia in *l. 9. C. de fideic. libert.* fideicommiſſaria libertas ei adſcribitur, multi cenſent, in hoc §. jus novum tradi, quo ſpectant verba *l. pen. C. de nec. ſerv. her.* ubi, *noſtro jure hoc eſſe inductum*, quaſi noſtrum jus ſit Juſtiniani conſtitutio. Sed adverſatur mos Imperatoris novitates a ſe repertas diſerte ſibi, nec raro cum φαντασίᾳ ῥημάτων adſcribentis, hoc autem §. ut res nota, libertas directa ſimpliciter memoratur. Imo non eſſe hoc novum, arguit *l. 32. §. ult. de teſt. tut.* quæ ſervum tutorem datum mox ab adita hereditate liberum fore tradit, quam directam eſſe libertatem oportet, cum in fideicommiſſo manus heredis expectanda foret. *Noſtrum igitur jus* in *d. l. pen.* erit jus civile; atque ita nihil ſupereſt, quam ut *d. l. 9.* de tutore codicillis aut verbis precativis dato, accipiatur.

2. (b) Sed quod mirum videatur, etiam furioſi tutores dantur, *§. 2. h. t.* non qua tales, nec quia liquida furoris habent intervalla, quod putat Mynſing. *hic*; ſed quod ſperentur brevi *ἀνανήψειν ad ſanam mentem redituri*, ut Theoph. contra quam mente captus, qui perpetuo defectu rationis laborat. Idem eſt in minore annis 25. Etſi enim is per ætatem ſuis impar negotiis curatori ipſe ſubeſt, tamen ſi parum abſit a perfecta ætate, & teſtamento & lege tutor aliis dari poteſt; ſed adminiſtratio utriusque differtur, donec minor ætatem impleverit, & furioſus valide ſapiat, *l. 10. §. 7. de excuſ. tut.* interim carent omni tutelæ effectu, alio a magiſtratu adminiſtratore creato, *d. l. 10. §. 7.* ideoque nec eſſe tutores, ſed fore dicuntur, *h. §. 4. l. 10. §. pen. de teſt. tut. l. 4. & l. 8. de legit. tut.* etſi revera munus tutelæ in ipſis ſit ſtabilitum & ſint veri tutores, tam teſtamento quam lege dati: alioqui magiſtratus non jube-retur alium ſubſtituere, ut vult *d. l. 10. §. 7.* ſed Lex ipſa tranſiret ad agnatum perfectæ ætatis, *arg. l. 3. §. pen. de legit. tut.* An autem ſubſtitutus ille tutor vel curator ſit, videbimus: & *alio loco*, quid jure novo hac parte ſit mutatum.

3. (c) Hactenus ſecundum Rubricam, qui tutores dari poſſint. Sequuntur aliæ quædam regulæ, & quidem tres; duæ in *§. 3.* Prima eſt, quod *Tutela æque conditionis & temporis adjectionem, ac alia in teſtamento ſcripta, recipiat.* Ratio dubitandi erat, quia tutoris datio inter actus legitimos refertur, qui diem & conditionem non recipiunt, *l. 77. de R. J.* at hoc de tutela dativa, quæ ſolenniter apud Magiſtratum fit, intelligendum, non de teſtamentaria; quæ hic agitur, neque de ipſa legitima. Eſt & moralis ratio, quæ prohibet magiſtratum aliter quam pure tutorem dare, quia cum Pater tutelam ſuſpendit in certum tempus, vel caſum incertum, interea poteſt alius facile a magiſtratu dari, *§. 1. inſt. de Attil. tut.* at ſi ipſe magiſtratus defectum committeret, nemo foret, a quo ſuppleretur. In legitimis tutelis deſunt termini habiles huic regulæ; nam lex, quæ ſimplex & generalis eſt, conditionem vel diem adjicere non poteſt. Secunda regula eſt, *poſſe tutorem non modo poſt, ſed & ante heredis inſtitutionem dari.* Quod monitu dignum eſt viſum, quia cum heredis inſtitutio ſit baſis ac fundamentum teſtamenti, veteres putabant, hoc caput debere primum eſſe, cui reliqua ſuperſtruerentur, *§. 34. Inſt. de Legat.* Sed Juſtiniano generaliter hic anxius verborum ordo diſplicuit, imo & ab antiquis vituperatum fuiſſe, teſtatur *d. §. 34.* & ſane tutoris datione, utilitatem pupilli jam olim contra hunc ſcrupulum prævaluiſſe, ex hoc loco apparet; loquitur enim ut de re nota minimeque nova Imperator. Tertia regula in *§. 4.* *Certæ rei vel cauſæ tutor dari non poteſt*; ratio redditur; *quia perſona, non cauſæ, vel rei*, tutor datur. Nimirum perſonæ principaliter, ut dictum *ſupra*, rebus per conſequentiam; & cum a perſona pupilli totum pendeat patrimonium, ſequitur univerſo quoque patrimonio tutorem datum cenſeri, *l. 12. & ſeqq. de teſtam. tut.* Cæterum, eſt exceptio ab hac regula in hereditate adeunda, ad quam, pupillo tutore deſtituto, curator dari nequit, ſed eſt tutor neceſſario dandus, *l. 17. §. 1. de Appell. l. 13. de tut. & cur. dat.* Ratio, quia hereditatis aditio ex iis eſt, quæ ſolemnitatem ju-

(b) *Poſ. 3. 4.* (c) *Poſ. 4. 5.*

Digitized by Google

ris deſiderant, cum & actus Legitimus ſit, *l. 77. de R. J.* ad talia autem explicanda, tutore auctore opus eſt, *l. 19. de auctor. tut.* Aliam ſunt qui exceptionem proferunt ex *l. 15. de teſtam. tut.* quæ tamen remiſſa magis interpretatio, quam exceptio regulæ videtur: Diffuſo per diverſas provincias pupilli patrimonio, tutor rei Syriacæ, alius Africanæ, utiliter datur, *& hoc jure utimur*, ait JCtus: indicans, benigne, non ex ſtricta juris ratione, id eſſe receptum, & ſic intelligi, tutores quidem ipſi pupillo datos, ſed adminiſtrationem inter eos diviſam eſſe, quod fieri ſolere, *titulus Cod. de divid. tut.* oſtendit.

SCHOLIUM.

His adde quintam regulam ex fine tit. præced. & ſextam ex l. 11. de Teſtam. tut. Quotiescunque ſemel obtinuit Tutela teſtamentaria, vel quoties ſpes adeſt, eam obtinere poſſe, toties alius dandus eſt a magiſtratu, excluſo legitimo.

RESPONSIO.

Hoc agebatur, ut regulæ a Juſtiniano collocatæ in hoc tit. educerentur, non ut quæcunque ſunt, huc aliunde accumularentur.

N. ADDIT.

Indulgendum aliquid Autori, aliquando, ut habeat, quod Scholio opponat, etiam e longinquo petenti. Nam reſponſioni huic alias facile regeri potuiſſet, in explicatione Inſtitutionum non vitio verti commentatori, ſi ea, quæ Juſtinianus omiſit, & tamen multum ad rem faciunt, ſuppleat. Alias enim ipſe Autor ſubinde hic foret taxandus. vide v. g. ejus poſitiones ad tit. de excuſ. tut. *item* ad tit. quibus alienare licet vel non. *Iſtam vero regulam, quam in Scholio addidi, multum ad intelligendum hunc titulum facere, latius oſtendi* in notis ad Strauchium V. 10. p. 43. ſeq. *ubi* d. l. 11. de teſt. tut. *ex fontibus bonæ interpretationis aliter explico, quam communiter fit.* Adeoque totum locum huc appono: *Quæſtioni, an mortuo tutore in teſtamento dato locus ſit legitimæ tutelæ, an dativæ, ſimilis eſt quæſtio de tutore ad certum tempus vel conditionem dato, an ei ſuccedere debeat legitimus an dativus? Res omnis ſita eſt in recta explicatione* d. l. 11. de teſtam. tut. *In ejus quippe* princ. *regulæ loco ponitur:* Legitimum tutorem ceſſare, quamdiu teſtamentaria tutela ſperatur. *Ergo forte concludere licebit a contrario, ſi tutela teſtamentaria non amplius ſperatur, admittetur tutor legitimus. Jam quid ſi tutor, ad quem ſemel teſtamentaria tutela devoluta eſt, poſtea ſe ab eadem excuſet, aut removeatur? Videtur legitimus tutor ſuccedere, quia ſcil. poſt excuſationem, aut remotionem, tutela teſtamentaria non amplius ſperatur, ſed in totum deſiit. Verum reſpondet JCtus* d. l. 11. §. 1. & 2. *argumento hoc non obſtante, dari debere tutorem a Magiſtratu. Sed quæ ratio? Duplex ſe hic via aperit, a cujus recta dijudicatione propoſitarum quoque quæſtionum deciſio dependet, (1) Si dicamus, in verbis* d. §. 1. ſi ſemel ad teſtamentarium devoluta fuerit tutela *&c. aſſertionis iſtius rationem conſiſtere per novam regulam, cujus ſenſus ſit:* Quotiescunque tutela jam ſemel ad teſtamentarium devoluta fuerit, toties, ſi poſtea ex quacumque cauſa deponat tutelam, dativum tutorem debere ſuccedere, *atque ad hanc regulam declarandam JCtum afferre tantum exempli loco tutorem ſe excuſantem, aut remotum, præter eos vero etiam tutorem ad certum tempus, vel conditionem, datum, tum quoque tutorem poſt teſtatorem mortuum, ad iſtam ſpectare regulam. Et itaque ſecundum hanc explicationem tutoribus hujusmodi, quia jam ad hos ſemel tutela devoluta eſt, non legitimus tutor ſuccedet ſed dativus,* arg. l. 11. §. 1. *jun.* §. 2. Inſt. de leg. agn. tut. *Nec obſtabit huic explicationi, quoad tutorem defuncto teſtatore mortuum,* §. 3. ejusdem l. 11. *Etſi enim in eo verbis generalibus dicatur: tutore teſtamentario mortuo, ad legitimum tutelam redire; verba tamen generalia reſtringenda erunt ex* d. §. 2. Inſt. *ad eum caſum, ſi vivo teſtatore deceſſerit, quia ſcil. tutela teſtamentaria tunc ad tutorem iſtum nondum eſt devoluta, per* d. l. 11. §. 1. *Longe aliter res procedet, ſi hac explicatione* §. 1. *rejecta, pergamus ad alteram. Poterunt quippe (2) verba* d. §. 1. ſi ſemel &c. *ita exponi, ut non ratio deciſionis in eis ſita ſit, nec regulam novam faciant, ſed tantum ad caſum ibi propoſitum ſpectent, ut ſenſus ſit, tutore teſtamentario, qui ſemel tutelam ſuſcepit, remoto, aut ſe excuſante, dativum ſuccedere non ideo, quia ſemel locum habuit teſtamentaria, ſed ex alia ratione, quia ſcil. ſpecialiſſime iſti caſus per SCtum quoddam a regula generali in* pr. l. 11. *contenta, erant exempti. Cui explicationi favent verba* §. 3. d. l. 11. quia hic SCtum ceſſat. *jun.* l. 17. ff. de tut. *quo pacto* d. §. 1. & 2. *tanquam de caſibus ſpecialibus & de exceptione loquentes, ad alios non erunt extendendi, & ita tutori ad certum tempus, aut conditionem, dato, item illi, qui poſt ſuſceptam tutelam moritur, ſuccedet non dativus ſed legitimus, quia in his regula* d. pr. l. 11. *locum habet, quod ſcil. in*

his

Digitized by Google

bis caſibus non amplius ſperetur tutela teſtamentaria. Jam quid in hac ſententiarum diverſitate dicemus? Si uti in aliis ultimarum voluntatum quæſtionibus, ex voluntate teſtatoris res definienda foret, (in quam ſententiam inclinat Loc. quæſt. Juſt. 49. & 50.) dici poſſet, caſus iſtos, quibus tutela ſemel ſuſcepta a tutore teſtamentario, ante pubertatem pupilli deponitur, diſcernendos eſſe; Aut enim de eo caſu teſtator in teſtamento probabiliter cogitavit, aut non cogitavit. Si de eo cogitaverit ipſe, ut ſi ad certum tempus, vel conditionem dedit, præſumptio etiam eſt, quod tutores legitimos tantum ad illud tempus, aut conditionem, a tutela voluerit excludere; ergo finito tempore, aut præſente conditione, tutori teſtamentario ſuccedere debebunt legitimi; ſi vero caſus a teſtatore prævideri non poterat; ut ſi tutor poſt ſuſceptam tutelam ſe excuſet, aut removeatur, aut etiam moriatur, tum, quia abſolute teſtator legitimos voluit excludere, in reſiduum tempus tutores a Magiſtratu dari debere videntur, d. §. 1. & 2. Alia vero ratio tunc eſſet ejus tutoris, qui vivo teſtatore defunctus eſt. Nam tum teſtator, ſi novum non dederit, videretur a voluntate priori receſſiſſe, quapropter merito legitimus tunc ſuccederet, §. 3. l. 11. Verum quod in præſenti materia leges non ad ſolam voluntatem teſtatorum reſpexerint, indicio eſt pr. d. l. 11. ubi tutore ex certo tempore, vel conditione, dato, interim non legitimus tutelam adminiſtrat. ſed dativus, cum tamen teſtator legitimum ex iſto tempore, vel conditione adſcripta ſolum, videatur a tutela removere voluiſſe. Item quid ſi tutor teſtamento datus, antequam ſuſcipiat tutelam, ſe excuſet? & hic ex ratione allata, quoniam defunctus caſum hunc prævidere non poterat, & abſolute legitimum excluſerat, dativo tutela deferri debebat, cum tamen hæc definitio legibus civilibus parum ſit congrua, tum propter verba, ſi ſemel &c. d. §. 1. l. 11. d. t. t. tum propter §. 2. de legit. agn. tut. jun. pr. Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. verb. ex eo nemo heres extiterit. Quapropter ut dicam, quid ſentiam, primam explicationem d. l. 11. & diſpoſitioni juris civilis, & ejus rationi, optime convenire arbitror, idque breviter ita demonſtro. Legitima tutela locum habet tum demum, ſi quantum ad tutelam pertinet, defunctus inteſtatus deceſſerit, d. §. 2. de legit. agn. tut. Nota vero eſt in materia inteſtati regula: neminem pro parte ex teſtamento, pro parte ab inteſtato poſſe ſuccedere. Hanc regulam & in materia præſenti obtinere puto, & rationem eſſe totius l. 11. de teſt. tut. Inde ergo eſt, quod in pr. d. l. 11. tutore ſub conditione, vel ex certo tempore dato, quia ſperatur effectus teſtamenti, legitimi tutores, tanquam ab inteſtato venientes, non admittantur, ſed interim a Magiſtratu, qui loco defuncti, ipſius voluntatem ſupplet, alius detur. Inde porro eſt, quod ſi ſemel tutela teſtamentaria locum habuerit, nec ea deficiente admittantur legitimi, ſive removeatur tutor, ſive ſe excuſet, §. 1. & 2. d. l. 11. ſive etiam poſt teſtatorem moriatur, arg. §. 2. Inſt. de leg. agn. tut. modo & tunc tutela ad ipſum jam ſemel devoluta ſit, arg. §. 1. d. l. 11. (diſſentit Locam. quæſt. Juſt. 50.) ſive denique ad certum tempus aut conditionem, tutor teſtamentarius tutelam adminiſtraverit, (diſſentit iterum Locam. q. 49.) ob rationis identitatem, ad quam procul dubio reſpexerunt SCta, tutore poſt ſuſceptam tutelam ſe excuſante, aut remoto, agnatos removentia, quæ ratio cum non adſit in eo tutore, qui vivo teſtatore deceſſit, d. §. 2. Inſtit. de legit. agn. tut. perſpicuum jam eſt, cur JCtus §. 3. l. 11. dicat ad legitimam tutelam redire, quia hic SCtum ceſſet. Ex hac ratione definiri poterit & illa quæſtio: Quid ſi tutor teſtamentarius deportetur? Legitimum ad tutelam admitti, aſſerit Ludw. exerc. 3. th. 9. lit. a. negat Brunnem. exerc. 3. ad §. 2. Inſt. de leg. agn. tut. p. 23. Paulus Voët. ad. d. §. 2. p. m. 283. Ego ſimiliter; ſi vivo teſtatore, vel ante ſuſceptam tutelam deportetur, puto legitimum eſſe audiendum, quia res devenit ad cauſam inteſtati; ſi vero, ſuſcepta tutela, civis eſſe deſinat, aut etiam ante ſuſceptam tutelam unus teſtamento datus decedat, viventibus tamen aliis ſimul in teſtamento datis, a Magiſtratu, ob allatam rationem, alius dari debebit, & ita intelligo d. l. 11. §. ult. Non ignota equidem mihi eſt diſtinctio Bachovii ad d. §. 2. Inſt. de leg. agn. tut. quem etiam ſequitur Paulus Voët. l. c. qui, ut §. 3. d. l. 11. cum §. 1. & 2. ibid. concilient, diſcrimen eſſe ajunt: an teſtamentaria tutela ſemel ſuſcepta finiatur, quaſi ex natura ſua, v. g. morte tutoris, ubi ſuccedat legitimus, an vero finiatur interveniente facto Magiſtratus, tum non legitimæ, ſed dativæ locum eſſe, v. gr. ſi tutor remotus ſit, aut ſe excuſaverit. Verum ut taceam, hanc diſtinctionem nulla ratione niti, & Bachovium ipſum ad commune ignorantiæ aſylum legem ſcil. non omnium. ff. de LL. confugere, dum d. l. concedit, non ſolidam & certam rationem in hujuſmodi caſi-

bus

Digitized by Google

bus ſemper dari poſſe, cum nec ipſe JCtus ad rationem, ſed ad SCtum provocet; *illud inſuper inconveniens exinde video emergere, quod in applicatione diſtinctionis illius ad caſum de tutore deportato, hæreat aqua Bachovio, cui quidem Voët.* d. l. *tutorem dativum, non legitimum ſuccedere ait, quia nempe & hic tutela non natura ſua, ſed accedente Magiſtratus facto, finiatur; Bachovius vero, cum hanc applicationem* d. l. 11. §. ult. *non adeo bene convenire ſentiat, contrariam opinionem, & legitimo quoque in hoc caſu tutelam deferendam eſſe, amplectitur. Quibus dubiis omnibus haud eſt opus, ſi ex noſtra hypotheſi* §. 3. d. l. 11. *reſtringas ſecundum ductum* §. 2. de leg. agn. tut. *ad tutorem, vivo teſtatore mortuum. Neque enim hoc præſuppoſito, SCtum, cujus fit mentio in* l. 11. *ratione ſua (præſumendum quippe eſt, tamdiu leges ratione niti, donec contrarium oſtendatur) deſtituetur; neque in applicatione hypotheſeos noſtræ ad caſum de tutore deportato, uti ſupra oſtenſum, ulla difficultas oritur. Nihil ergo ſupereſt, quam ut reſpondeatur* ad d. l. 6. ff. de legit. tut. *ex qua cum aliis Bachov.* d. l. *evincere vult,* §. 3. d. l. 11. *etiam de caſu, ſi tutor teſtamento datus poſt ſemel ſuſceptam tutelam moriatur, intelligendum eſſe. Sed ſi accurate* d. l. *inſpiciamus, id quidem exinde demonſtrari nequit. Præmittit enim & Paulus ibidem regulam:* Inteſtato Parente mortuo agnatis deferri tutelam. *Poſtea vero oſtendit, quando dicatur pater eſſe inteſtato mortuus, & addit:* Idem dicimus *(ſcilicet patrem inteſtato mortuum eſſe,)* ſi tutor teſtamento datus, adhuc filio impubere manente, deceſſerit: nam tutela ejus ad agnatum revertitur. *Jam ſi hæc verba de tutore poſt mortem teſtatoris adhuc vivente, & demum ſuſcepta tutela mortuo, intelligas, minime dici poterit, patrem inteſtato mortuum eſſe, ſi tempore mortis ejus tutor vixit non ſolum, ſed etiam tutelam ſuſcepit. Concludo, de hac tota controverſia, atque præprimis de explicatione mea, judicium Peritiorum expecto.* Hactenus iſte locus ex notis ad Strauchium. *Et adhuc expecto judicia peritiorum de lite mihi ob hanc expoſitionem mota, a Clariſſimo Autore obſervationum ratiocinantium ad Lauterbachium* obſ. 807. §. 2. & 3. *Ego quidem id, quod ibi docetur, pro contradictione magis, quam pro refutatione ſententiæ meæ habeo, ita credo omnibus iſtis dubiis, quæ a Viro Clariſſimo moventur, vel jam in loco nunc deſcripto eſſe ſatisfactum, vel ex ibi dictis facillime poſſe ſatisfieri. Unica conjectura ſupereſt, ex voce* redire & reverti, *quibus JCti utuntur in* d. l. 11. §. 3. de teſtam. tut. & d. l. 6. de legit. tut. *unde concluditur, quod textus loquantur de caſu, ubi tutela jam a tutore teſtamentario intercepta fuerit. Sed leviorem hanc eſſe conjecturam arbitror, quam ut vincere poſſit conjecturas iſtas graviores pro mea ſententia in loco jam deſcripto adductas. Accedit, quod JCti non ubique ita accurati ſint in verborum proprietate ſeligenda, ut ex voce reſcindere patet in nota controverſia de querela inofficioſi. Et poteſt etiam dici, quod tutela redeat vel revertatur ad tutorem legitimum, ſi tutor teſtamentarius moriatur vivo teſtatore, eo videlicet ſenſu, quo dici poteſt adhuc vivo teſtatore, quod per dationem teſtamentarii tutoris tutelam legitimam interceperit &c.*

4. (d) Poſtremo de verbis agitur in *§. ult.* Qui filiis utriusque ſexus dat tutores, etiam poſthumis dediſſe videtur, non nepotibus. Si vero liberis dederit, tunc non modo filiis, ſed & nepotibus neptibusque poſt ſe naſcituris proſpexiſſe creditur, cum & hi ſint liberi, ut vel ex *tit. de liberis & poſthum. her. inſt.* conſtat; filiorum atque liberorum appellatio diſtinguitur in hoc *§. ult.* cum promiſcue ſumatur in *l. 84. & l. 220. de V. S.* Scilicet, naturaliter & proprie liberorum vox patet latius quam filiorum, ſic ut nepotes rectius liberi quam filii dicantur, & hæc proprietas ſervatur in noſtro *§.* Sed civili interpretatione & extenſione JCtorum, per filios ſæpe omnes liberi, etiam ultra gradum primum intelliguntur, *d. l. 84. & l. 220.* maxime in interpretatione legum, ut notat Alciatus *3. Parad. 9.* exempla in *l. 59. de rit. nupt. l. 2. §. 28. ad SC. Tertull. l. 14. ad SC. Maced.* Sed in diſpoſitionibus hominum proprietatem verborum magis obſervari exiſtimat. Quin nec in Legibus, ſi odioſæ ſint, extenſio ſemper admittitur; conſentaneum enim non eſt, pœnas filiis impoſitas extendere ad nepotes, ut in *l. quiſquis. 5. C. ad L. Jul. Maj.*

Tit. XV.
De Legitima Agnatorum Tutela.

Tutelæ Legitimæ definitio explicata. Cur ſoli agnati ad hanc tutelam vocati, & mutatio hujus juris. Ab inteſtato *quid ſignificet.*

(d) *Poſ. 6.*

(a) Secun-

Digitized by Google

(a) SEcunda ſpecies tutelæ eſt Legitima, *Quæ defertur ex L. XII. Tabb. proximis agnatis ab inteſtato.* Nam ſi Pater non proſpexerit liberorum tutelæ in Teſtamento, Lex XII. Tabularum proximis agnatis hoc munus ſine ullo magiſtratus miniſterio impoſuit. Jure civili legitimos tutores nemo dat, ſed Lex eos facit immediate, *l. 5. D. h. t.* non tantum ob eam, quæ traditur in *l. 1. de Legit. tut.* rationem, quod onus tutelæ ad eos pertinere debeat, qui ſperant commodum ſucceſſionis, ſed & ideo, quod ut ſanguine ita affectu & fide pupillis credantur eſſe conjunctiores. Cognatos autem vocant omnes ſanguine junctos, *§. 1. Inſt. de Legit. tut.* ſuntque vel cognati in ſpecie, vel agnati. Illos dicunt, qui per feminini ſexus perſonas ſolo naturæ vinculo junguntur. Agnati ſunt paterne cognati, *ἐξ ἀῤῥενογονίας*, *d. §. 1. l. 4. §. 2. de grad. & affin.* qui per continuas generationes maſculas nobis ſunt juncti.

2. (b) Porro Lex XII. T. ſolos ad tutelam agnatos vocavit, *d. §. 1.* quia & eoſdem ad ſucceſſionem ſolos vocavit; *Agnatus proximus familiam habeto*, erat in Leg. XII. T, vel ut Auct. ad Herenn. *lib. 1. Familia pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque eſto.* Sunt autem gentiles, qui ex eadem gente, agnati, qui ex eadem familia prodeunt. Gens omnes continet, qui ex ejuſdem ultimi progenitoris ſanguine proficiſcuntur. Familia certam ex illis lineam notet. Sic gens Claudia multas habebat familias, quæ cognominibus diſcernebantur, Marcellorum, Pulchrorum, Neronum, &c. Omnium plurimas Cornelia gens familias habuit; diſtincte Cæſar apud Suet. in vita *c. 6. A Venere Julii*, inquit, *cujus gentis familia eſt noſtra*, Cæſarum ſcilicet: accuratius quam JC. in *l. 195. §. 4. de V. S.* ubi, quam Cæſar gentem, ipſe familiam vocat. Poſtea cognati Prætorum quidem edictis ad ſucceſſiones admiſſi ſunt, non æque ad tutelas; ſed in iis valuit ſemper antiqua ratio, quibus lex non dat hereditatem, iiſdem nec tutela defertur, *l. 1.*

Poſtremo Juſtinianus agnatorum diſcrimen totum ſuſtulit, * omneſque ſanguine junctos ſola graduum prærogativa, tam in hereditate quam tutela, cenſeri voluit, convenienter Juri naturæ, *Nov. 118. c. 4. & 5.* adeo ut non proximi e familia tam materna quam paterna, tutelam Legitimam conſequantur. Quod ſi plures ſint ejuſdem gradus, tutela non ei potiſſimum, qui ætate ** vel peritia præcellit, quod lex dijudicare nequit, imponitur; ſed ex æquo ad omnes pertinet, modo natura inepti non ſint, ut adminiſtratio tamen uni plerumque decernatur, *l. 5. §. 2. de legit. tut.* vel pluribus ita, ut periculo tutelæ reliqui maneant obſtricti, *d. N. 118. c. 5. in fin.* Ergo & vere tutores ſunt; nam ſi commodum ſucceſſionis omnes ſimul amplectantur, quidni & onus tutelæ, cum utraque eodem jure deferatur?

3. (c) Verba *Ab inteſtato*, non abſolute, ſed *quantum ad tutelam*, intelligenda, *§. 2. h. l. 6. de legit. tut.* non hoc ſenſu, ſi nullum extet teſtamentum, ut reſpectu hereditatis accipitur; ſed ita, quoties ex teſtamento tutor nullus exiſtit, ſive ab herede deſtitutum, ſeu tutor ante teſtatorem, vel conditionem, ſub qua datus erat, exiſtentem, ſit mortuus, *§. 2. d. t.* Nam ſi, tutela rite ſuſcepta, deceſſerit tutor, aliud eſſe juris, *infra* videbimus.

4. (d) Cæterum cognatio, quia vinculum ejus natura fecit, in quam lex nihil poteſt, civiliter tolli nequit, ſed naturali tantum morte finitur, *§. ult. hic*; adeo, ut poſt deportationem, conſanguinei qui fuerunt, iidem remaneant, *l. 1. §. 10. de ſuis & legit. hered.* Verum cognationis jura, quæ civilem effectum habent, ut ſucceſſio in hereditates ex bonorum poſſeſſionibus, morte etiam civili extinguuntur, *§. 6. tit. ſeq.* quæ ſic non repugnat *huic §. ult.* Cognatio igitur nullo civili modo perit, ſed agnatio, cujus differentia civili effectu conſtat, capitis diminutione, quæ Juris civilis inventum eſt, plerumque perimitur, ait Cæſar *in §. ult. d. tit.* Vox *plerumque* adjecta eſt, quia Anaſtaſius *in l. 4. C. de Legit.*

* Attenditur tamen id Sax. Jure, quo Agnati Cognatis in ſuſcipienda tutela, ſive pupillus bona feudalia & allodialia habeat, ſunt potiores, L. R. *L. 1. art. 23.* W. B. *art. 49.* Cognatique tantum in ſubſidium admittuntur, Carpz. *L. 5. Reſp. 81. n. 17.* add. Mencken. *Diſp. de Prærogativa Agnatorum præ Cognatis in ſuſcipienda tutela curabe, quoad Allodium & Feudum. th. 30. ſeqq.*

** Apud nos ſecus eſt, ubi is, qui ex agnatis in eodem gradu conſtitutis ſenior eſt, reliquis præfertur, L. R. *l. 1. a. 23.* v. ihr älteſter ebenbürtiger Schwerdt-Magen. Carpz. *P. 2. C. 11. D. 11. n. 1.* Id. *L. V. Reſp. 81.* Richt. *dec. 12. n. 9.* Non tamen in Concurſu aviæ paternæ, & maternæ ætatis habetur ratio, Carpz. *P. 2. dec. 122.* Struv. *Ex. 31. th. 26.*

(a) *Poſ. 1. 2. 3. 4.* (b) *Poſ. 5. 6. 7.* (c) *Poſ. 8.* (d) *Poſ. 1. tit. ſeq.*

tut. fratres emancipatos, & Juſtinianus in *l. ult. C. de legit. hered.* eorum filios ad ſucceſſionem fratrum ac Patruorum, & conſequenter illos viciſſim ad tutelam vocaverant, atque ita hactenus agnationem, non obſtante capitis diminutione, conſervarant. Noviſſime cum agnatorum & cognatorum differentia omnis ſublata ſit *N. 118. c. 4. & 5.* conſequens eſt, nihil in ſanguinis ratione per capitis diminutionem mutari; ut tamen effectus civiles, quos diximus, morte civili etiamnum pereant. Adde Poſit. *2. h. t.*

TIT. XVI.

De Capitis Diminutione.

Aliud caput & capitis Diminutio. Diviſio ejus & de maxima capitis Diminutione. De media. De minima.

ORdo poſtulat, ut quid ſit capitis Diminutio, videamus. Caput, non modo ſupremum hominis ventrem, ſed & hominem ſimpliciter ſignificat, *l. 195. §. 2. de V. S.* & caput pro fama ſæpe uſurpat Cicero aliique Latini, teſte JC. *in l. 103. de V. S.* Sed uſu juris obtinuit, ut per caput intelligatur ſtatus ſeu conditio, quam quis obtinet jure naturæ, jure civili, & jure generis; jus, inquam, libertatis, civitatis & familiæ; quæ tria qui obtinet, caput integrum habet, & ſervus, cum his omnibus careat, nullum caput habere, nec unquam capite minui dicitur, *§. 4. de cap. dim.* Definitur capitis diminutio, quod ſit prioris ſtatus mutatio *in deterius*, ut eſt in *princ. h. t. Synopſ. Attil. tit. 3.* εἰς τὸ χεῖρον, quo ſenſu & Theophilus capitis minutionem vocat πάθος καταστάσιν ἐλαττοῦν τοῦ πάσχοντος, *Paſſionem, quæ ſtatum patientis minuit.*

2. Jam cum triplex ſit ſtatus, Libertatis, Civitatis & Familiæ, eſt & triplex capitis diminutio; maxima, media & minima. Maxima eſt, quæ omnem ſtatum, etiam libertatis tollit, quam patiuntur, qui ad beſtias aut ignem damnantur, ait Theoph. aut in metallum vel opus metalli, quorum differentia eſt in *l. 8. §. 6. de pœn.* & omnes capitis damnati, qui ſervi pœnæ fiunt: Τῆς τιμωρίας τὸν καταδεδικασμένον ἐχούσης ἑαυτῇ δουλεύοντα, *quoniam pœna damnatum ſibi mancipatum habet*, ait Imp. ut pœna ejus quaſi domina ſit. Sed Juſtinianus in *Nov. 22. c. 8.* ſervitutem pœnæ ſuſtuliſſe videtur, ex verbis textus: Ἡμεῖς δὲ οὐδένα τῶν ἐξ ἀρχῆς εὖ γεγονότων ἐκ τιμωρίας γίνεσθαι συγχωροῦμεν οἰκέτην, *Nos neminem ab initio bene natum ex ſupplicio ſervum fieri permittimus.* Moribus hodiernis ſublata omni ſervitute, non eſt dubium, quin capitis damnati libertatem retineant, etiam qui in opus publicum vel ad remos damnantur, licet perpetuo; nam nec olim ſervi pœnæ cenſebantur, ſed jus civitatis amittebant, *l. 17. §. 1. de Pœn.* Porro & liberti olim maximo capite minuebantur, cum ob ingratitudinem erga Patronos ἀναδούλωσιν paterentur, in ſervitutem Patronis iterum addicendi, *l. 3. C. de libert. & eor. lib.* quæ eſt exceptio ejus, quod Seneca ſcribit, *3. de benef. 6. Excepta Medorum gente non eſt in ulla data adverſus ingratum actio*, alias *huic uni omnia fora vix ſufficerent, cap. 7.* Eſt & altera exceptio in donatario, a quo propter ingratitudinem donatio revocatur, *l. ult. C. de revoc. donat.* Plures in jure Romano ingrati actiones vix dantur.

3. Media capitis diminutio eſt, cum ſalva libertate civitas amittitur; quod accidit his, quibus aqua & igni interdicitur, aut qui in inſulam deportantur, *§. 3. h. t.* Numerantur hæ duæ tanquam ſpecies pœnarum oppoſitæ, cum ſint ſubordinatæ. Nam in locum aqua & igni interdictionis ſurrogata eſt deportatio, *l. 2. §. 1. de pœn. l. 3. ad L. Jul. pecul.* Utriusque effectus eſt unus & idem, ut civitatis jus, non libertatem auferat, *d. l. 2. §. 1. l. 17. de pœn. & paſſim.* ſed diſcrimen eſt, quod deportatus τόπῳ περιεκλείσαι, τοῦτ' ἔστι τῇ νήσῳ, *certo loco, id eſt inſulæ, includitur*, ὁ δὲ, cui aqua & igni interdictum eſt, παντὸς εἴργεται τόπου, *ab omnibus locis excluditur*, ait Theoph. unde lata fuga eleganter vocatur in *l. 5. de interd. & releg.* Græcorum imitatione, qui Φεύγειν τὴν πατρίδα, τὴν πόλιν, exules dicunt, qui fugiant *Patriam ſive urbem. Budæ. comm. Gr. L. pag. 5.* utique tamen intra certos terminos, ut Ciceroni Lege Clodia quadringentis millibus paſſuum ab Italia interdictum fuit. Utraque ſpecies, maxima & media

capitis

Digitized by Google

capitis diminutio, quandoque *magna* dicitur uno vocabulo, quæ mortem civilem infligat, auferendo libertatem vel civitatem, minor quæ ſolam mutet familiam, *l.* 1. *§.* 4. *de ſuis & legit. hered.* ſic & Calliſtratus in *l.* 5. *§. ult. de Extraord. cogn.* magnam capitis diminutionem vocat, *qua libertas adimitur, veluti in perſona deportatorum;* ſub magna mediam complectitur; ſed cur libertatem deportato auferri dicit contra innumera juris loca, quibus tantum civitas dicitur adimi? Si non legendum ſit *vel* aut *vel uti*, ut plerique hunc nodum ſolvunt, non erit inſolens, libertatem a Calliſtrato civilem, quæ eſt Quiritium, intelligi, de qua Cicero *pro Cæcin. Qui poteſt jure Quiritium liber eſſe is, qui in numero Quiritium non eſt?* Velim & hoc conſiderari; Deportatio multa dicitur auferre, quæ ſunt Juris Gentium, & quæ revera non tollit, ſed quorum uſum impedit in foro Romano, ut matrimonium, teſtamenti factionem, & omne commercium; Quid ſi & libertatem ita dicamus adimi, non quod eam extinguat, ſed inutilem in civitate & omni vita reddat; præſertim, cum omnis capitis diminutio in perpetuum fiat, *l.* 7. *§.* 2. *l.* 18. *de interd. & releg.* etiam minima *arg. l.* 77. *de R. J.* licet quandoque imperitia damnantis tempus adjiciatur, *l.* 23. *de Pœnis.* Probabilior hæc reſponſio eſt, quia ſatis liquet, Calliſtratum abuti terminis nec admodum exacte loqui, *& in hoc §. ult. & præced.* 2.

4. Minima capitis diminutio eſt, cum ſalva libertate ac civitate, familiæ ſtatus mutatur, quod fit per adoptionem & emancipationem, *§.* 3. *h. t.* Nam quod hi actus ſalvo ſtatu fieri dicuntur, de ſtatu publico accipiendum, non de privato, in *l.* 1. *§.* 8. *ad SC. Tertull.* Hos autem actus olim ſine imaginaria venditione & ſervitute fieri non potuiſſe, dictum eſt in *lib.* 3. *Digreſſ. cap.* 6. eosque propter hanc ſervilem cauſam, inter capitis diminutiones numerari, diximus ex *l.* 3. *cap. min.* Quæ imago ſervitutis cum ſit abolita, *l. ult. C. de emanc. lib.* nulla poteſt emancipatio intelligi, ubi filius non mancipatur, id eſt, venditur amplius; quin hodie, cum nihil in ſanguine quam naturalis cognatio ſpectetur, *Nov.* 118. *c.* 4. *&* 5. quæ & olim cum jure familiæ late ſumptæ emancipatis manebat, *l.* 69. *§. ult. de Leg.* 2. *l.* 195. *§.* 1. *de V. S.* ſequitur, emancipatione ſtatum familiæ amplius non mutari,* eamque nullo ſenſu capitis diminutionem, ſed reſolutionem ſimplicem patriæ poteſtatis appellendam eſſe: Perinde ac dignitas, quæ facta quidem eſt modus tollendæ Patriæ poteſtatis, ſed nunquam capitis diminutio, quia hæc, inquam, eſt ſtatus mutatio *εἰς τὸ χεῖρον, in deterius, πάθος,* afflictio, ut *ſupr.* ex Theoph. Hæc latius *in d. lib.* 3. *Digreſſ. cap.* 6.

SCHOLIUM.

Non tam ad etymologiam capitis diminutionis, quam ad definitionem Imperatoris reſpiciendum; ideoque emancipati caput minuunt, quia ſtatum mutant; Neque hic Paulum curamus in l. 3. §. 1. de cap. dim. *JCtorum enim rationes non perpetuo ſunt optimæ, ſed potius cum Vinnio facimus, quem refutare intendit Auctor* l. 3. Digreſſ. c. 6.

RESPONSIO.

Ego vero minore cum invidia & majori auctoritate curo Paulum, quam negligo Vinnium, ubi diſcrepent. Non verba tantum, ſed & res mutatæ ſunt, ideoque reales effectus ceſſare neceſſe eſt. Reſtitutio in integrum fuit effectum reale capitis diminutionis; non eſt hodie, quia cauſa, propter quam erat capitis diminutio, ſublata eſt, ut docetur ad tit. ff. de cap. dimin. in fin. *ſed integrum lectori judicium de cauſa committitur, ſi vacat,* ex d. l. Digreſſion.

N. ADDIT.

Non diſſentio in Scholio ab Autore circa ipſam propoſitionem, quod jure novo emancipatio non amplius ſit capitis diminutio. Sed ſaltem nego, ex ratione Paulina eam concluſionem deducendam eſſe, & ex hypotheſi, quod in capitis diminutione ſemper fiat mutatio in deterius. Neque auctoritatem Vinnii ſequor, ſed ejus rationes.

* Apud Saxones emancipatio ne Jus quidem agnationis tollit, *a.* L. R. *l.* 1. *a.* 13. inprimis, ſi virtualem Emancipationem reſpicias, quæ per œconomiam peculiarem filiæque nuptias contingit. Nihilominus tamen etiam in Saxonia capitis diminutio minima adhuc hodie eſt capitis diminutio, quatenus patriam poteſtatem diſſolvit, & ex homine alieni juris facit hominem ſui juris, v. *Dec. El.* 23. conf. Bachov. *ad Treutler. V. I. diſp.* 11. *lit. C.* Neque vero in omnibus cum Theophilo capitis deminutionem mutationem *εἰς τὸ χεῖρον καὶ πάθος* ſemper vocaveris, cum ejus appellatio in emancipatione, ubi jam veteris ſervitutis imaginariæ ritus diu abolitus erat, a legibus Civilibus ſervata fuerit.

Auctoritas nec Vinnii nec Pauli apud me ulla eſt, ſed ubique rationis, quam ſi apud Bartolum vel Baldum invenirem, eam præferrem Paulo, inepta ratione ſtipato.

Tit. XVII.
De Legitima Patronorum Tutela.

Ratio tutelæ Patronorum, ſpes hereditatis. Quando illa ratio ceſſet. Regula Artis ex illa conſequentia.

(a) FUit Legitima tutela, quæ jure agnationis defertur; Sequuntur quædam Speciales, etiam ex lege ortæ ac inde nomen habentes, verum abſque agnatione: Quarum prima eſt *Patronorum*, qui ſunt tutores legitimi libertorum, quos ante pubertatem manumiſerunt. Nam cum his teſtamento, qui in patria poteſtate non ſunt, tutor evenire nequeat, neque agnatos habere poſſint, quia inter ſervos nulla familiæ jura ſunt, Lex ad Patronum decurrit, vel potius JCti mentem Legis, quæ de Patronis locuta non eſt, ad eos produxerunt, hac conſequentia: Lex vocat agnatos ad Legitimam tutelam, quia defert iis ſucceſſionem, & æquum videtur, ut potius illi tutela onerentur, qui ſperant emolumentum, * quam quibus nec feritur nec metitur, *arg. l. 10. de R. J.* Atqui Patronis dabat Lex hereditatem libertorum, Ergo tanquam digito monſtrabat, quibus tutela mandaretur, quam & inter Legitimas ideo retulerunt; nam ex Legibus eſſe dicitur, tam quod ex Legum ſententia, quam e verbis traditur, *l. 6. §. 1. de V. S.*

2. (b) Sed conſequentiam illam, monet Imperator, vocula *plerumque* adjecta, non eſſe perpetuam. Requiruntur enim termini habiles, & perſona tutelæ capax. Multi ad hereditates vocantur, qui ad tutelam ſunt inhabiles, ut impuberes, furioſi, mente capti, prodigi, muti, ſurdi, cæci, & denique mulieres, quæ hic ſolæ excipiuntur. Nam & hæ ſucceſſionum capaces, a tutelis excluduntur, *hic* & *l. 16. ult. de tut.* ut ne pater quidem ſuperſtiti uxori tutelam mandare poſſit, *l. 26. pr. de teſtam. tut.* quanquam ſi *commendet* tutoribus datis, ut ope conſilioque matris bona moresque pupilli regant, id fruſtra non erit, *l. 5. §. 8. de adminiſtr. tut.* & fiducia pietatis matres ſæpe res liberorum adminiſtraſſe, indicat *l. 31. §. 6. de negot. geſt.* Ratio autem arcendæ mulieris a tutela, eſt imbecillitas ſexus, quæ ipſam perpetuæ quondam tutelæ ſubjectam reddebat, ut dictum *ſupra*, quæque ab omni publico & civili munere eam arcet, *l. 2. de R. J. Tutela virile munus eſt & ultra ſexum femineæ infirmitatis*, ait *l. 1. C. Quando mul. tut. off.*

3. (c) Interim ex illa conſequentia colligi poteſt, non tantum ea, quæ verbis legum exprimuntur, haberi pro legum præceptis; ſed omnino etiam, quæ per idoneam ratiocinandi ſequelam inde probari poſſint. Nam artis noſtræ principium eſt *Lex & Ratio.*

* Unde apud Saxones in feudis ſimultanee inveſtitis, ob ſpem & jus ſuccedendi, tutela defertur, licet non ſint agnati. Schrader. *de feudis p. 10. S. 9. n. 49.* Horn. *Juriſpr. Feud. c. 6. th. 15.* v. Menck. *Diſp. de Prærogativa Agnatorum præ Cognatis th. 32.* Stryckii *Exam. Jur. Feud. c. 7. th. 17.* Item Agnati in Feudo non aliter quam ſi ſimultanee ſint inveſtiti, ad Tutelam admittuntur. *a.* **Lehn-R.** *c. 21. j.* **das Torgauiſche Ausſchr.** *d. ann. 1583. t.* **Welcher geſtalt die** *Agnaten. §.* **Dieweil denn.** vid. Hartm. Piſtor. *l. 2. qu. 19. n. 58.* Carpz. *p. 2. C. 45. d. 13.* Quod ſi vero Agnati & Cognati æquali Jure ſimultaneam inveſtituram uno actu obtinuerint, agnatos cognatis, & ex pluribus etiam extraneis ſeniorem reliquis præferendum eſſe, cenſet Dn. Horn. *l. c.* Eodem fundamento ſucceſſionis ſperandæ, nititur tutela Domini Directi, quæ deficientibus agnatis aut ſimultanee inveſtitis ipſi & communi & Saxonico Jure imponitur. **Lehn-R.** *cap. 26.* Schrader. *d. l. 9. 71.* ubi arg. **L. R.** *l. 2. art. 58.* Fructus quoque Domino deberi, ipſumque ab onere rationum reddendarum liberum eſſe videri poterat. j. **Lehn-R.** *d. cap. 26.* conf. Jo. Petr. Ludewig. *d. diff. jur. Commun. & Germ. in tutel. fructuar. in Opuſcul. Hiſtor. L. I. cap. 18. p. 327.* Henr. a Roſenthal. *Syn. feud. cap. 12. Concl. 10. n. 37.* Verum uſus Saxoniæ contrarium recepit, nec hic diſcrimen inter Dominum alioſve tutores agnoſcit, v. Coler. *de Proc. Execut. p. 2. c. 3. n. 306.* & Carpz. *p. 2. C. 11. d. 1. n. 6.* potiſſimum, cum, quod in beneficiatis Angliæ feudis & olim obtinuit & nunc obtinet, v. Crag. *Jur. feud. Lib. II. tit. 20. §. 8.* ad feuda Germaniæ oneroſo nomine acquiſita, trahendum non ſit.

(a) *Poſit. 1. 2.* (b) *Poſ. 3.* (c) *Poſ. 4.*

Tit.

Digitized by Google

TIT. XVIII.

De Legitima Parentum Tutela.

(a) LIberi in poteſtate patria conſtituti, nec Parentem nec alium quenquam, ut occupavimus dicere, tutorem habere poſſunt. At ſi impuberes Pater emancipaverit, conſequitur legitimam eorum tutelam *tit. Inſt. de legit. Parent. tut.* non utique ex verbis legis, nec per conſequentiam quidem directam: Nam jure agnationis Pater vocari nequit, cum hæc per emancipationem ſoluta ſit, *§. ult. ſupr. de legit. agn. tut.* Nec per interpretationem, qualis in Patrono fuit, quia lex Patrem non vocabat ad ſucceſſionem filii emancipati, niſi Pater tertiæ venditioni fiduciæ pactum adjeciſſet, tunc enim quaſi manumiſſor ſuccedebat filio, ut patronus liberto ſolebat, *§. ult. infr. de legit. agnat. ſucceſſ.* donec Juſtinianus conſtituit, fiduciæ pactum ſemper interpoſitum videri, adeoque parentes ad legitimam ſucceſſionem pariter atque tutelam emancipatorum, ordinario jure vocavit, *d. §. ult. l. ult. C. de emancip. lib.* unde hæc rubrica eſt; *de legitima Parentum Tutela*; confer *l. 3. §. ult. de legit. tut.* Idem de avo, qui nepotem emancipabat, intelligendum.

2. (b) Etſi autem Patria poteſtas tutelam formaliter excludit, tamen longe plus juris in filium Patri competit, quam in pupillum tutori, ut e *tit.* de Patria poteſtate intelligi potuit. Neque enim ſimplex adminiſtrator eſt bonorum ejus adventitiorum, *l. 1. C. de bon. mat.* ſed cum uſufructu & poteſtate dominio proxima, ut ſic etiam ἀνεκλόγιστος, nec rationibus reddendis obnoxius, *l. 6. §. 2. C. de bon. quæ lib.* attamen citra jus alienandi, *d.d. ll.* Etiam adminiſtrationem ei recte a teſtatore, qui filium bonis auget, interdici non dubitatur, cum & ab uſufructu excludi poſſit, *Auth. Excipitur. C. de bon. quæ lib.* vid. Sand. *l. 2. tit. 7. def. 1. & 2.* Denique hoc jus ſecundis nuptiis Patrem non amittere, clari textus evincunt in *l. 4. C. de bon. mat. l. 5. in pr. C. de ſec. nupt.*

3. (c) Hodie matri perfectæ ætatis, & aviæ permittitur, (neque enim cogi poſſunt,) liberorum ac nepotum tutela, cum ex teſtamento nullus extat tutor, κατὰ τὴν τῆς κληρονομίας τάξιν, *ſecundum ordinem hereditatis*, idque ſub duplici lege; ſi renunciet ἐν ὑπομνήμασι, *inter acta*, ſecundis nuptiis & SCto Vellejano, * *Auth. matri. C. quando mul. tut. off. ex Nov. 118. c. 5.* Jusjurandum, quod exigi ſolebat, ob perjurii periculum in molli ſexu, remittitur, *Auth. ſacramentum. eod. ex Nov. 94. c. 2.* Beneficio Vellejani renunciant, ut cum effectu pro pupillis intercedere poſſint, cum res ſuas pro tutela obligant, *Nov. 94. c. 1.* aut pro pupillis contrahunt, eosque in judicio defendunt, *l. pen. D. Quando ex facto tut.* quæ ſpecies interceſſionis SCto Vell. comprehenſa eſt, *l. 2. §. ult. ad SC. Vell.* huic autem moribus hodiernis ab initio non ſolet in univerſum renunciari, verum in ſingulis cauſis, quoties uſu venit, ut matres pro pupillis intercedant. Cæterum matres, amiſſa ſemel tutela, etſi denuo ad viduitatem redactæ, tamen eam non recuperant; quia quod extinctum eſt, ſine nova cauſa reviviſcere nequit, *arg. l. 30. pr. de S. V. P. l. 66. §. 1. de leg. 2.* An vitrici ad Tutelam matribus ademptam admittantur, aliaque plura, vide ſis *in Digreſſion. lib. 3. c. 12.*

TIT. XIX.

De Fiduciaria Tutela.

(a) SEquitur Titulus de fiduciaria tutela; *Quæ poſt mortem emancipatoris, liberis ejus perfectæ ætatis defertur;* ſic eam definimus. Alii minus recte: Quæ fratri perfectæ ætatis competit in fratrem impuberem emancipatum. Nam fiduciaria tutela non modo fratri, ſed & Patri & Patruo convenire poteſt, ut Theophilus oſtendit, ac ipſe Imperator docet in verbis,

* Idem in Saxonia obtinet, v. Carpz. *p. 2. C. 41. d. 14.* Interim hæc renunciatio beneficiorum muliebrium non efficit, ut mater tutrix in Saxonia, ſine Curatore obligationem valide contraxiſſe cenſeatur. v. Berlich. *p. 2. Concl. 17. n. 26. j.* Wibel. *de Contr. Mul. c. 3. §. 5. n. 14.* ſiquidem ſuſceptum tutelæ onus non majorem ipſi largitur prudentiam, nec a cura lege definita eam eximit.

(a) *Poſ. 1. 2.* (b) *Poſ. 3. 4.* (c) *Poſ. 5. 6. & ſeqq.* (a) *Poſ. 1. 2.*

vel fratris,vel ſororis & cæterorum. Res ita ſe habet. Qui emancipat filium impuberem, is tutor ejus fit legitimus, ut modo dictum: Eo mortuo, ſi filium relinquat alium perfectæ ætatis, hic fiduciarius tutor fit impuberis fratris, *l. 4. de legit. tut.* Similiter, ſi quis emancipet nepotem impuberem, cujus pater vivit, avo mortuo Filius, pater impuberis, in tutelam ſuccedit: ſi impubes ſit nepos ex filio præmortuo, tum ſuperſtiti filio, impuberis Patruo, tutela defertur, non tamen ex lege, nec directe nec per conſequentiam; quia neque agnatio eſſe poteſt, ubi emancipatio intervenit, nec fratres ad hereditatem fratrum emancipatorum vocabantur, ſed ne Patres quidem, emancipatione ab avo facta; Ex lege enim non veniebant, quia lex ſolos emancipatores ex pacto fiduciæ vocabat, *d. §. ult. I. de legit. agnat. ſucc.* neque ex jure prætorio, quia jus patronatus avo per emancipationem quæſitum non tranſibat in patrem, *l. 1. §. 2. & 5. ſi quis a par. man.* Ergo ſubſidiarii quodammodo illi tutores ſunt facti; quo ſenſu *fiduciarii* forte ſunt dicti. Nam fiduciarium munus eſt, quod in ſubſidium & vicem alterius defertur, *l. 5. C. de Judic.* ſic fiduciarium Imperium Curtio *lib. 5. in orat. Nabarz. ad Dar.* niſi potius a pacto *fiduciæ*, quo pater emancipans filium, ab emptore imaginario paciſcitur, ut poſt ſecundam mancipationem *(vid. P. 1. lib. 1. Digreſſ. Cap. 4.)* filium ſibi remancipet, cujus *fiducia* vi Pater jus Patroni adipiſcebatur, ac inde Tutela prima patris, altera filii; prima legitima, altera, eum ex legis ſequela non veniret, *fiduciaria* inde vocata eſt. Ipſa quoque Tutela dicitur *fides*, pupilli tutorum fidei commiſſi, Gell. *5. c. 19.* Apud Plutarchum *Cicer.* Publilia *ἐν πίςει in fide* Ciceronis.

2. Movet objectionem Imp. in *hoc tit.* cur hæc tutela non æque dicatur legitima, quam liberi emancipatoris, mortuo patre, ſuſcipiunt; cum liberi manumiſſoris ſive Patroni, æque ſint legitimi tutores libertorum impuberum, ac Patroni fuerant: Reſpondet, quia heredes Patroni, ſi libertus non fuiſſet manumiſſus, idem jus, nempe dominium, in ipſo habuiſſent, quod Patronus habebat, ſed filii Patris non habuiſſent patriam poteſtatem in fratrem impuberem, ſi is in poteſtate retentus fuiſſet. Hæc ratio ſufficere viſa eſt, obſcurior licet ac minus ad rem valida, nec etiam conveniens avo emancipatori, cujus morte nepos in poteſtatem patris ſui recidiſſet, eandem penitus ac avus habuerat, & tamen hoc caſu poteſt eſſe fiduciaria tutela, *ut dictum.* Potuerat alia examuſſim adæquata ratione Cæſar uti; nam conſtat Legem XII. T. liberos Patronorum vocaſſe ad ſucceſſionem libertorum; Ergo & ad legitimam tutelam, *l. 3. §. 7. de legit. tut.* Sed liberi emancipatoris ab hereditate emancipati erant alieni; Ergo & a tutela legitima, ut ſæpius dictum.

3. In fine *hujus tit.* addit Imp. ſe in omnibus tutelis & curationibus generaliter præcepiſſe, ne alii quam qui perfectæ ætatis ſunt, id eſt 25. annorum, *l. 1. §. 2. de Minor.* ad tutelam aut curam vocentur, reſpiciens ad *l. ult. C. de legit. tut.* Qua vix tamen eſt, ut quidquam novi juris, quam quoad legitimam tutelam, ſit introductum. Nam dativos tutores & curatores potuiſſe olim alios quam perfectæ ætatis eſſe, nuſquam legimus. Teſtamentarii potuerunt dari minores, ſed & etiamnum poſſunt, cum de iis non loquatur *d. l. fin.* adminiſtrare ſaltem nequeunt, *§. 2. ſupr. qui teſtam. tut.* Perinde legitimi olim vocabantur ad tutelam absque adminiſtratione; ſed hoc mutatum eſt in *d. l. ult.* quæ vult eos omnino non vocari.

Tit. XX.
De Attiliano Tutore &c.

Unde ſit Poteſtas dandi tutores. Uſus Attilianæ Tutelæ varius. Mutatio duplex Romæ circa hanc ſpeciem. Modus recentior dandi tutores jure Rom.

(a) SEquitur dativa ſive honoraria Tutela; quæ deficiente teſtamentaria & legitima defertur a Magiſtratu. Quippe ſi tutor nec teſtamento datus, neque ex agnatis idoneus extaret, Lex XII. T. nihil ſtatuebat, ſed leges aliæ in hunc caſum pupillis providerunt, ut magiſtratus defectum Teſtatoris & ſanguinis impleret. Plebiſcitum ſive lex Attilia in urbe cavit, ut

(a) *Poſ. 1.*

Prætor

Prætor urbanus cum majori parte tribunorum plebis, (ergone ceſſabat hic interceſſio Tribunitia?) tutorem daret, *princ. I. de Attil. tut.* Per provincias Lex Julia & Titia, tutores dandi facultatem Præſidibus dedit, *d. princ.* ad quos omnia, quæ Romæ varios judices habebant, cumulatim pertinebant, *l. 11. de off. Præſ.* Cæterum, poteſtas magiſtratuum Juriſdictio vocatur, de qua *alibi;* Hic notabimus, eam dici vel ordinariam; quæ ex recepto jure & more competebat, *jure magiſtratus* qua talis, ut ait *l. 1. pr. de off. ej. cui mand.* vel legitimam, quæ ſpeciali lege vel conſtitutione certis magiſtratibus tribuitur, *d. l. 1.* Ad hanc referendam eſſe tutoris dationem, vel ex hoc *princ.* liquet, ubi ex Lege Attilia & Titia deſcendere affirmatur, & clarius ex *l. 6. §. de tut.* ubi & Juriſdictionis eſſe negatur, nempe ordinariæ, quæ voce juriſdictionis ſimpliciter poſita ſemper intelligitur; Vel ſi quis legitimam hic neget ullam eſſe juriſdictionem, quod ex uſu Artis abs re non fuerit, is ſimpliciter ex hoc textu probet, Tutoris dationem non eſſe juriſdictionis, ſed ei ſoli, cui lex hanc poteſtatem dedit, competere. Non obſtat, quod in *§. 4. h. t.* habetur, magiſtratus tutorem dare *ſecundum ſuam juriſdictionem;* hoc enim nihil vult, quam non poſſe eos excedere terminos juriſdictionis ſuæ, nec officium ipſorum, ſed perſonas ſubjectas denotat. *Ibidem* habetur; in provinciis *juſſu præſidum* tutores dari, quod cave de mandata Juriſdictione accipias; nam tutoris datio non poteſt mandari, nec quicquam ex ſpeciali lege competens, *d. l. 1. de off. ej. cui mand.* mandatur juriſdictio, cum magiſtratus partes officii ſui in alium transfert, ut is vicibus ſuis fungatur, volens & rogatus, ex natura mandati. Sed juſſus, de quo in §. 4. neceſſitatem miniſterii imponit iis, qui præſidibus ſunt inferiores. Plura, quæ ad hanc quæſtionem pertinent, altioris indaginis ſunt, & in Pandectis ſuo loco uſu venient.

2. (b) Attilianus Tutor, perpetuus eſt vel temporarius. Perpetuus, quando nullus ex teſtamento vel eſt vel expectatur tutor. Temporarius, cum teſtamentaria tutela pro tempore impedita, ſperatur tamen extitura, quo caſu magiſtratus partes ſunt, quia, dum aliqua ſpes Teſtamentariæ ſupereſt, legitima ceſſat, *l. 11. de teſt. tut.* exemplo hereditatis, *l. 39. de acquir. hered.* Caſus iſtius ſpecies recenſentur in *§. 1. h. t.* ſi tutor in teſtamento ſub conditione vel ex die ſit datus, vel hereditas diutius jaceat, ſine cujus aditione tutela non ſubſiſtit, *l. 9. de teſtam. tut.* Tunc in vacuum tempus, ne pupilli ſint indefenſi, tutores dantur, donec dies, conditio aut heres exiſtat; Idem eſt, tutore ab hoſtibus capto, qui reverſus tutelam jure poſtliminii recuperat, mortuus ad proximos agnatos transmittit; ut, ſeu vivat, ſeu moriatur, datus tutor ſit temporarius, *§. 2. h. t. l. 11. §. ult. de Teſtam. tut.* *

3. (c) Tandem uſus docuit in Attiliana Lege Juliaque & Titia quædam deſiderari, duo potiſſimum; quod nihil de ſatisdatione, rem pupillis ſalvam fore, nec quicquam de compellendis tutoribus ad adminiſtrandum, in iis præciperetur, de quibus *ad tit. de ſatisdat. tut.* Forte & negligentius Prætores ac Tribuni, pupillorum commodis invigilabant. Ideo inſtitutum eſt, ut Conſules ex inquiſitione tutores darent, *§. 3. h. t.* Suetonius *in Claudio c. 23. ſanxiſſe* eum, ait, *ut pupillis extra ordinem tutores a conſulibus darentur.* Verba *extra ordinem* non eo referam, quod tutoris datio non ſit ordinariæ juriſdictionis; nam hoc pridem ita fuerat; ſed quod Lex Attilia non diſerte a Claudio ſit abrogata, verum conſulibus juxta prætores & tribunos extraordinaria poteſtas ſit data, ut ab his, qui tutores peterent, tanquam diligentius inquiſituri, poſſent adiri. Sed ut fieri amat, plenior & ſublimior poteſtas, licet extraordinaria, veterem ordinariamque in neglectum deduxit; ac brevi ex antiquis legibus, ut habet textus *in d. §. 3. tutores deſierunt dari*, quæ juncta cum Suetonii verbis indicant, tacite, non expreſſe, legem Attiliam eſſe abrogatam. Fuit poteſtas conſulum hac parte exercita tempore Plinii Secundi, ut ex *l. 9. ep. 13.* liquet. Poſtea diſplicuerunt Conſulares tutelæ, & jus hoc denuo ad Prætores, ſed abſque Tribunis, devolutum eſt, ex Conſtitutionibus Principum, *d. §. 3.* cujus mutationis Capitolinus Marcum Philoſophum auctorem tradit: *Prætorem*, inquit, *tute-*

* Hodie quoque temporarius tutor, aut ob periculum in mora, curator ad litem conſtitui poteſt, *Dec. El. 41.*

(b) *Poſ. 2.* (c) *Poſ. 3, 4.*

larem

larem primus fecit, cum ante tutores a Conſulibus poſcerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur.

4. (d) Tandem ſequitur, *§. 4. h. t. Sed hoc jure utimur*, quam conſtat formulam JCtis uſitatam eſſe, quoties non ex jure expreſſo, ſed indirecte aliquid receptum eſt. Unde colligi poſſit, novum dandi tutoris inſtitutum, de quo in *hoc §.* non eſſe totum ex certa Lege, ſed uſu fori non ſine principum voluntate introductum: *Ut Romæ quidem Præfectus urbi vel Prætor; in* provinciis aliquando Præſides ipſi darent tutores, aliquando duumviri ſive magiſtratus municipiorum, juſſu & imperio præſidum; illi, cum magnæ, hi cum modicæ pupillorum eſſent facultates, *d. §. 4.* Inter utramque dationem hoc intereſt, quod Præſides inquiſitionem adhibeant, *l. 21. §. ult. de tutor. dat.* Duumviri ſatisdationem exigant, de qua mox *capite proprio* agetur. Diligentius hoc ordinavit Juſtinianus in *§. 5. & l. 30. C. de epiſc. aud.* Nam ſi facultates pupilli non excedant quingentos ſolidos, voluit Magiſtratum cujusque civitatis cum Epiſcopo tutores, exacta ſatisdatione, creare. Si locupletiores ſint pupilli quingentariis, tunc, ut antea, Præſides ipſi cum inquiſitione dabant. Solidum vulgus inter nos putat nummum ſex *ſtuferorum*, æque Latine, quam obolum partem minimam *ſtuferi* vocant; cum ex Polybio & aliunde conſtet, obolum eſſe partem ſextam denarii, id eſt, ipſum *ſtuferum:* Nam denarius Romanus & drachma Attica noſtrates fere ſex *ſtuferos* æquant, quod ex rei monetariæ interpretibus, pretioque denariorum hodie paſſim extantium petendum. Solidus idem quod Aureus eſt, cujus crebra in libris noſtris mentio, conſtans centum ſeſtertiis, hoc eſt tribus nummis Imperialibus, cum maximus eſt, ſed mutatione temporum valor ſæpe imminutus fuit. Et tempore Juſtiniani valuit circiter ſex Carolinos. Fora hodierna ſolidum Juſtiniani frequentius pro aureo Hungarico ſive *ducato* * accipiunt, etiam in Friſia, teſte Sandio *l. 5. tit. 1. def. 3. in fin.* Denique, cum Reip. alia inter nos quam Romanos ſit ratio, non eſt mirum, tutoris dandi a Præſidibus, ** vel Duumviris,& conſequenter facultatum diſcrimen evanuiſſe; Nam ubique tutores a Magiſtratu per civitates & territoria indiſtincte creari videmus.

TIT. XXI.

De Auctoritate Tutorum.

Quid auctoritas,& quando habeat locum, aut ceſſet. Exceptio in hereditate. Forma interponendæ auctoritatis. De Curatore ad litem.

(a) Officium tutoris duas præcipue partes habet, adminiſtrationem & auctoritatem. De adminiſtratione cum in *Inſt.* nihil ſit collocatum, id in Pandectas usque reſervabimus. Auctoritas eſt *Approbatio ejus, quod pupillus gerit, a tutore præſente in ipſo negotio interpoſita.*

* In Saxonia quoque Solidus Juſtinianeus pro aureo Hungarico non raro accipitur. Ita in inſinuatione donationis, quæ 500. ſolidos excedit, ipſa *Conſtitutio Elect. 14. Part. 2. §.* ſo aber *Verb.* Ungariſche Gülden. ſolidos per aureos Hungaricos explicat. *j. P. 2. C. El. 12.* ibique Carpz. *d. 12. n. ult. & eund. p. 2. C. 32. d. 1. n. 7.* Alias ſolidus Juſtinianeus ita taxatur, ut ſeptuaginta duo libram auri conſtituant, *l. 6. C. de ſuſcep. præpoſ. & arc.* quæ idem eſt ac marca auri, eine Marck löttiges Geldes, unde eundem valorem hodie agnoſcere poſſet, quem habet florenus Miſnicus, de qua computandi ratione, v. Wehner. *Obſ. Pr. Voc.* Goldgülden. *p. 167.* Solidus autem juris Saxonici, eſt pecunia minuta 12. nummos antiquos, ſ. 16. nummos novos Miſnenſes continens, & plerumque exprimitur per vocem eines Schillings oder alten Silbergroſchens. Horum quindecim faciunt unam Sexagenam novam, ſ. 60. groſſ. ein Neu Schock. v. *Part. IV. C. El. 11. & 37.* L. R. *L. 3. art. 45.* conf. Richter. *Dec. 2. n. 3.* Carpz. *Quæſt. 85. n. 73. 91.* Berger *El. Crim. Cap. 1. §. 11. p. 27.* Authæi *Collect. Monet. ad Cathol. Goldaſt. p. 16.* Schubert. *d. emend Sax. inj. incarc. præſt. §. 6.*

** Apud nos obſervari meretur diſcrimen Schrifftſaſſios inter & Ambtſaſſios. Illis enim immediate a Principe tutor ſolet conſtitui, his a Magiſtratu competente, inferiorem licet Juriſdictionem habente, Schilt. *adſſ. Ex. 37. §. 65.*

(d) *Poſ. 5. 6.* (a) *Poſ. 1. 2. 3. 4.*

Pu-

Digitized by Google

Pupillum intellige majorem infantia, nam infanti tutor non fit auctor, ſed agit pro illo, *l. 1. §. 2. de admin. tut. l. 9. de Acquir. hered.* Sunt autem infantes, qui ſeptennium non exceſſerunt, *d. l. 1. & l. 14. de Sponſal.* Si tamen pupillus intelligat quod agit, poteſt ei auctoritas adhiberi, *l. 9. de Acquir. hered. l. 32. §. 2. de Acquir. poſſ. l. 3. C. eod. tit.* Etiam vero pro majoribus infantia ſæpe tutores occupant agere, ſicut res fert, *d. l. 1. §. 2.* quod inprimis hodie ſervatur, ut raro pupilli in rebus majoris momenti agant ipſi: quod & Curatores adverſus adoleſcentes ita uſurpant. Porro id quod agitur, aut eſt tale, ut nullum pupillo detrimentum adferre, nec niſi conditionem ejus meliorem facere poſſit, vel quod cum periculo damni ſit conjunctum. Quæ prioris generis, ea pupillus major infantia, ſolus & ſine tutore, cætera non niſi tutore auctore poteſt obire, *pr. I. de auctor. tut.* Ergo a promittente ſtipulari, *l. 9. pr. h. t.* donationem acceptare aut remiſſionem, *l. 2. de accept.* & ex cauſis lucrativis acquirere ſolus poteſt, *l. 11. de A. R. D.* quia nullus eſt metus, ne quid his caſibus detrimenti capiat. Verum quoties ex actu aliquo damnum conſequi poteſt, aut ſi conſequentia ejus ſit onerosa pupillo, tunc neceſſaria eſt tutoris auctoritas. Exemplum hoc *pr.* in obligationibus, quæ reciprocas præſtationes continent, ut eſt emptio venditio, locatio conductio & ſimiles; Tales contractus ex uno latere conſtant, ait Ulp. in *l. 13. §. 29. de action. emp.* Pupilli non obligantur inſciis tutoribus, ſed eos, qui ſecum contrahunt, obligatos habent, *in fin. huj. princ.* Pupillus poteſt iſtum compellere ad implendum contractum, ſi tutores ita expedire judicent, dum viciſſim ipſe præſtanda præſtet. Neque excipere poteſt alter, contractum eſſe ipſo jure nullum; id enim in pupilli, non iſtius favorem introductum eſt. Dein, contractus pupillorum claudicare dicuntur, etiam quoad actionem, ſi contractus cum jure non poſſet, facto ſit celebratus, & in effectum deductus; Pupillus poteſt agere, ſi quid ſua interſit, alter nunquam, licet pupillus mala fide ſit verſatus, niſi qua factus eſt locupletior, *l. 5. de Aut. tut.* Cæterum, quatenus obligetur pupillus, naturaliter an civiliter, de eo mira eſt legum *ἐναντιοφανία* & Interpretum diſſenſio, de qua eſt alius dicendi locus.

2. (b) Superior regula, quod lucroſa acquiſitio pupilli ſine tutore ſubſiſtat, in acquirenda hereditate fallit; quam etſi opulentam, non niſi tutotis auctoritate ſuſcipere poteſt, *§. 1. h. t.* Ratio in textu redditur, *ne* pupilli *ullum damnum habeant*, ſi non potius legendum, *nec ullum*, ut hæc verba ſint exegetica præcedentium, *quamvis lucroſa ſit*, ut Theophilus & Cajus in *l. 9. §. 3. h. t.* habent. Senſus tamen vulgatæ ineptus non eſt, quod difficile minimeque Puerilis judicii ſit, diſcernere, an hereditas ſit lucroſa nec ne, ſæpe grandi ære alieno, quod prius latebat, emergente, *§. 5. I. de her. qual.* Genuina tamen ratio eſt, quia pupillus civiliter ex facto ſuo obligari nequit, *l. 46. de O. & A.* heredesque adeundo creditoribus & legatariis obligari manifeſtum eſt, *l. 8. in pr. de acquir. hered.* Quamvis autem ad alios actus curator dari ſolet, etiam impuberi, hic tamen tutore præciſe opus eſt. Ratio eſt in *l. 19. de auctor. tut.* *Ad ea, quæ ſolemnitatem juris deſiderant, explicanda, tutore auctore opus eſſe.* Cretio autem hereditatis, quæ olim erat in uſu, maxime fuit ſolemnis aditio, Ulp. *tit. 23.* Briſſon. *l. 7. formul.* Imo & ſimplex aditio ad actus legitimos pertinet, *l. 77. de R. J.* qui omnes ſolemnitatem juris deſiderant. Cæterum, in poſſeſſione acquirenda ſimpliciter auctoritas tutoris ſuperflua habetur, *l. 1. §. 3. l. 32. §. 2. de acquir. poſſ.* hactenus, ut commodum inde ſentiat pupillus, non in ejus præjudicium, *d. l. 32. §. 2. & l. 4. §. 2. de uſucap.*

3. (c) Formam interponendæ auctoritatis tradit Imp. in *§. 2.* ex *l. 9. §. 5. h. t.* quod debeat *ſtatim & a præſente* tutore adhiberi. *Statim* explicatur per verba, *in ipſo negotio*, quaſi dum *ſtatur* ad tractandum: Si tamen præſens tutor videat, quid pupillus egerit, eoque peracto, immediate ſe hoc probare teſtetur, nihil eſt cauſæ, quo id minus ſubſiſtat. Nam probare eſt auctorem fieri, probari autem id demum videtur, quod eſt perfectum, non quod perficiendum & adhuc incertum, an & quale futurum ſit. Ita capio *l. 25. §. 4. de Acq. her.* quæ nihil aliud vult, quam auctoritatem, quæ eſt approbatio, rem ſupponere peractam, ſecus ac juſſus, qui rem futuram ſupponit, ſcilicet recens peractam, ut ita occurratur Scholio, quod ſubjectum eſt *poſitioni 8.* Denique, poſt intervallum, aut per epiſtolam, vel per nuncium interpoſita, * nullius mo-

* Idem ad Mulieris Curatorem in Saxonia applicant, Carpz. *P. 2. C. 15. D. 30.* Moller. *ibid. n. 34.* Berlich. *P.*

(b) *Poſ. 5. 6.* (c) *Poſ. 7. 8.*

menti eſt, quia exacte omnia cognoſci & explorari debent, *h. §. 2. & d. l. 9. §. 5.* Ejus tamen, quocum agitur, abſentia nihil nocet. Nam & per epiſtolam tractari poteſt cum pupillo; modo is conſentiat, tutore præſente, *d. l. 9. §. ult.* etſi tacite, *l. 13. h. t.* Tutor non niſi clare locutus auctor habetur, *l. 3. eod.* Si corpore præſens, animo abſens, ut ſi ebrius, vel obdormiverit, nihil valet quod geritur, *l. 14. h.* nec mutum, nec ſurdum auctorare poſſe, res docet; at cœtus poteſt, *l. 16. h.* Tutori autem abſenti recte ſolvi dicitur, quia hoc ad ipſius periculum ſolius pertinet, *l. 14. §. 4. de Solut.* Eſt & tertium requiſitum, ut auctoritas pure interponatur, in *l. 8. h. t.* Imo etſi conditionalis contractus fiat, tutor debet pure auctor fieri, *d. l. 8.* etiam vero libere, non invitus, *l. 17. h. t.*

4. (d) In *§. ult.* difficultas explicatur, quid conſilii, ſi inter tutorem pupillumque judicio agendum ſit, quia ipſe in rem ſuam auctor eſſe non poteſt, non magis quam quilibet teſtis aut judex in ſua cauſa admittitur, *l. 10. de Teſt.* Et ſiquidem plures ſint tutores, expedita res eſt, quia altero auctore cum altero agi poteſt, *l. 1. C. de in lit. tut.* Si unicus tutor, tum olim prætor Urbanus tutorem alium dabat ad judicium, *hoc §. &* Ulp. *tit. 11. §. 24.* hodie Curator in litem datur hoc caſu, *h. §. 5.* quia ſolemnitas judiciorum, quæ antea tutorem præciſe exigebat, *l. 19. h. t.* jure novo ſublata eſt, *tit. C. de form. & impetr. ſubl.* Imo noviſſime hæc ſolicitudo ſupervacua videtur, quia vix eſt, ut quibus materia litis cum pupillo intercedit, ad tutelam admittantur, ut debitores & creditores pupillorum; vel ſi jam ante admiſſi fuerint, curator ſtatim illis adjungitur, quo auctore tum lis, ſi opus, regi poteſt, *Nov. 72. c. 1. & 2.* Non poteſt, inquam, Tutor in rem ſuam auctor fieri: unde nec res pupilli emere poteſt, *l. 34. §. 7. de contrah. empt.* quia tunc emptoris & venditoris officio fungeretur, contra *l. 5. §. 2. h. t.* Sed alio curatore adhibito, non prohibetur, *d. l. 5. §. 2.* ut nec auctione publica, modo utrobique bona fides adſit, *l. 5. C. de contrah. empt.* & ſic cape *l. 5. de adm. tut.*

TIT. XXII.
Quibus modis Tutela finitur.

Primus finiendæ Tutelæ modus, pubertas. Capitis diminutio tutoris & pupilli. Mors utriusque. Conditio vel tempus, &c. Quid finita tutela juris ſit.

(a) Vidimus, quid, quotuplex, & quod officium ſit tutelæ: ſequuntur modi, quibus finitur. Et primo quoniam ad præſidium pupillaris ætatis inventa eſt, neceſſe erat, ea decurſa, tutelam extingui. Igitur primus finiendi modus eſt, Pubertas, *pr. I. quib. mod. tut. fin.* ubi ſcribit Juſtinianus, *pubertatem veteres non ſolum ex annis, ſed etiam ex habitu corporis æſtimaſſe*, quæ & Priſci fuit opinio, teſte Ulpiano *tit. 11. in fin.* qui ſententiam Caſſianorum de habitu, & Proculejanorum de annis conjunxerat. Sed quid Juſtiniano faciemus? qui narrat, veteres circa habitum corporis ſolitos impudice πολυπραγμονεῖν: ut Theoph. *per indecoram obſervationem, inboneſtam indagationem*, ut ait *l. ult. C. Quand. tut. deſin.* plerique per imperitiam moris & ſermonis Latini a Triboniano id ſcriptum putant, cum nihil a gravitate Romana alienius videatur, nec veſtigium hujus turpitudinis uſpiam occurrat: Sane quod Jctus de aſpectu corporis habet in *l. 32. de minor.* nihil eſt neceſſe, de aſpectu neceſſariæ partis, cum Cujacio in *paratit. C. ſi min. maj. ſe dix.* explicemus, cum ad externa vigoris & ætatis veſtigia facile referri poſſit, ut in *l. 4. C. Qui teſt. fac.* Nos hac de re prolixe egimus in *lib. 3. Digreſſ. c. 13. & ſeq.* Quicquid ſit, Juſtinianus generaliter ex annis 14. in maribus; 12. in feminis, * puberta-

2. Concl. 17. n. 102. Phil. *Uſ. Pr. Inſt. Lib. 3. Ecl. 53. n. 8. j.* Berger. *Elect. Proc. Execut. th. 18.* quoniam *P. 2. C. El. 15.* auctoritatem eos contractibus mulierum interponere jubeat, quæ non niſi a præſentibus poſſit præſtari; Sed quia diverſa eſt mulierum pupillorumque conditio, ac minorum quoque Contractus, accedente ex intervallo Curatoris conſenſu, convaleſcit, præſentiam Curatoris mulieris in Curandæ Contractu, non exiſtimavit præciſe eſſe neceſſariam *Fac. Jur. Lipſ. An. 1702. Menſ. Jul.* Quam ſententiam tuentur Sand. *l. 2. t. 4. d. 3.* Schmid. *ad Jus Bavar. Tom. 2. Tit. 1. art. 16. n. 25. j.* Schilt. *Ex. 8. th. 39. & Ex. 10. th. 21.*

* Conſpirat hic Jus Sax. cum Jure Communi. Obſervari tamen meretur ſecundum Jus Saxon. Feudale

(d) *Poſ. 9.* (a) *Poſ. 1.*

tem

tem æſtimari voluit, *d. princ. & d. l. ult. C. Quand. tut. deſin.* Quam tamen opinionem & olim prævaluiſſe, ideoque in juris abiiſſe obſervantiam, *ex l. 2. de vulg. & pup. ſubſt. l. 4. de rit. nupt. l. 5. qui teſt. fac. poſſ.* Macrob. 7. *Saturn.* 7. *& 1. in ſomn. Scip.* ubi, *Tutela pueris poſt bis ſeptem annos abſolvitur*, probari ſolet; ut dicendum videatur, Juſtinianum expreſſæ tantum ſanctionis vim addidiſſe. Tempus completum ex naturali computatione intelligi, ut de nuptiis dictum, habetur *hic in princ.* Ita, ut a momento in momentum ſpectetur, nec ultimum attigiſſe diem ſufficiat, *l. 3. §. 3. de minor.* quanquam luculentum Autorem Mynſingerum ad *hoc pr.* contrarium ſcribere miror, ex *§. 2. d. l. 3.* ubi eſt, *initio inſpecto*, quaſi hæc verba ad computationem pertineant, ut primo adſpectu liquet.

2. (b) Secundus, quo tutela finitur, modus, eſt capitis diminutio, tam pupilli quam tutoris. Et quidem pupilli, omnis, *§. 1. h. t.* ut maxima, ſi ab hoſte ſit captus, vel media, ſi deportatus, (intellige proximum pubertati, & delinquendi eſſe capacem pupillum, *l. 111. de R. J.*) vel denique ſi arrogatus, quia tunc Patriæ poteſtati ſubjicitur & conſequenter tutelæ ſubducitur, ut *alias dictum*; de tutoris maxima mediaque capitis diminutione, idem procul dubio juris eſt, *§. 4. h. t.* non obſtante *l. 15. de tut. & l. 29. de excuſ.* de quibus *ad ff. tit. de excuſ.* At minima capitis diminutio cum tutela conſiſtere poteſt, quia filiosfam. & fieri & manere tutores, intelleximus *ſupr.* Sed ut legitimam *ibi* tutelam diximus filiisfam. deferri non poſſe, ita nec is, qui arrogatur, eam retinere poterat, quia deſinebat proximus eſſe agnatus pupillo, *§. ult. I. de legit. agnat. tut.* Quod cum mutatum ſit *N. 118. c. 5.* ſequitur, ne legitimam quidem hodie per minimam capitis diminutionem tolli, * olim *intervertebantur*, id eſt, per conſequentiam peribant, ait Paulus in *l. 7. de cap. dim.* cujus mendoſum in *princ.* textum corrigit Cujac. & ex eo Gothofr. aliter alii.

3. (c) Tertio, finitur tutela morte utriusque, *§. 3. h.* Pupilli, quia ad tuendam ejus perſonam comparata eſt; Tutoris, quia perſonali reſpectu, vel ſanguinis, vel aptitudinis, ad ipſum delata fuit, qui ceſſat in herede, *l. 16. §. 1. de tut.* ubi ſola legitima dicitur ad liberos perfectæ ætatis tranſire, non qua heredes, ſed ut proximos agnatos, *l. 46. π. fam. ercisc.* Quare nec de ſua heres negligentia teneri, dicitur in *l. 4. §. 1. de fidej. tut.* at conveniri poteſt heres ex dolo & lata tutoris culpa, non ex levi, *l. 1. C. de hered. tut.* quæ eſt exceptio a *l. 2. §. 2. de V. O.* ubi *Conditio obligationis ex perſona heredum non immutatur.* Porro, quamvis heres tutoris, tutor non eſt, tamen ea, quæ per defunctum inchoata ſunt, per illum, ſi legitimæ ætatis & maſculus ſit, explicari debent, ut tamen ultra dolum & latam culpam non teneatur, *l. 1. pr. de fidej. tut.* ** Unde ſequitur, Tutorem defuncto pupillo, etiam teneri inchoata explicare & conſervare, ut de negotiorum geſtore & ſocio tradit *l. 21. §. 2. de negot. geſt.* Sed an & is tunc levis culpæ immunis eſt? non videtur, ratio enim diſpar ejus ab herede eſt. Quin & poſt pubertatem rationibus nondum redditis, quæ cœpta ſunt, perficient tutores, quod de Curatoribus poſt perfectam ætatem, monet *l. 5. §. 5. de admin. tut.*

4. (d) Quarto, Tutela ad conditionem (*ſub conditione* fuerat in prima editione poſitionum ἀκυρολόγως, ut recte advertit Scholiaſtes noſter *Poſit. 4. h. t.* ſed emendatum jam fuerat in editione ſequente) vel certum tempus delata, exiſtente conditione, vel die, finitur, *§. 2. & 5. h. t.* In quo diſcrepat ab obligatione, cui finiendæ dies ipſo jure adjici non poteſt, *§. 3. infr. de V. O.* Ratio eſt, in obligatione agitur de jure pleno, quod ſua natura perpetuum, in alios transferendo; ſed tutelæ natura temporaria eſt, pro defectu ætatis introducta. Quid ſi tutor cum alio pactus ſit, ut is poſt certum tempus tutelam in ſe reciperet, ac ipſum liberaret? Non valet pactio;

per Lehn-R. *c. 18. c. 26.* pubertatem æſtimari 13. ann. & 6. ſeptimanis. v. Schilt. *ad Jus Alemann. Feud. c. 50. §. 2.* Philipp. *Uſ. Pract. L. 1. Ecl. 86. n. 3.* Carpz. *P. 2. C. 11. d. 9 & P. 3. C. 28. d. 18. n. 2.* unde Vaſallus poſt annum 13. cum ſex ſeptimanis impletum, recte inveſtituram petet, & ad Juramentum fidelitatis ſe offeret. vid. Schrader. *de feud. p. 6. c. 2. n. 26.*

* In Saxonia autem tutela agnatorum legitima minima capitis deminutione perire videtur, cum tutor per arrogationem agnationis jus poteſt amittere, L. R. *L. 1. a. 23.*

** Cum enim contra regulam a tutore, nullam utilitatem ex tutela percipiente, levem culpam præſtari placuerit, in hærede illius ad regulam reverti, exacta ſaltem ab eo remiſſa diligentia, viſum eſt. Atque ita *pron.* Fac. Jur. Lipſ. *Menſ. Jul. 1701.* Menck. *Gymnaſ. Polem. Jur. Civ. D. 11. th. 3.*

(b) *Poſ. 2.* (c) *Poſ. 2.* (d) *Poſ. 4 5. 6. 7.*

ut judicatum in curia Friſiæ, teſte Saudio *l. 2. tit. 9. def. 4.* quia tutela certis modis finitur, *ait idem*, quos inter non eſt pactio. Adde, quia publicum munus eſt, cui privata pacta nihil derogant, *l. 38. de Pact.* Poſtremo, cum removetur tutor ut ſuſpectus, finitur officium, item cum excuſatur. Nam & tum finiri tutela dicitur, *§. ult. h. t.* etſi nulla adminiſtratio fuerit: quia cum jure tutela non valet, excuſatio nulla proponitur, *l. 13. §. 12. de excuſat.* proinde ubi excuſatio inſtituitur, ibi Tutela præexiſtit; ideoque ſi deſinat, eam finiri neceſſe eſt: quæ ratio ſic valida ſatis eſt, ad occupandam objectionem, *quod excuſatio potius præveniat, quam finiat Tutelam.*

SCHOLIUM.

Vide, annon melius ad hanc objectionem reſponderi poſſit ex iis, quæ infra Auctor *tit. 25. n. 19.*

RESPONSIO.

Intentio Scholii eſt, excuſationem eſſe modum finiendi tutelam, quod attinet ad eos caſus ſpeciales, quibus Tutela vetus deponitur, quæ ratio hactenus recte ſe habet; nec tamen vetat, rationem a nobis adductam facere, ut excuſatio generaliter ſit modus finiendi tutelam, potius quam exceptis caſibus duntaxat.

N. ADDIT.

Faciet utique, ſi conſtet, Imperatorem in d. §. ult. *tam duriore & parum concinna locutione generaliter excuſationem dicere voluiſſe modum finiendi; jam vero loquitur in ſpecie de iis, qui onus (ſcil. ulterius) adminiſtrandæ tutelæ deponunt. At quomodo deponere onus adminiſtrationis ille dici poteſt, qui nunquam adminiſtravit?*

His modis adde, cum vitium animi, vel corporis, tutori ſupervenit, quod adminiſtrationem & auctoritatem impediat, ut ſi mutus aut ſurdus fiat, *l. 1. §. 2. & 3. de Tutel.* at cœcus etſi non recte datur, *l. 3. C. Qui dar. tut.* tamen non deſinit eſſe tutor, *l. 16. de auctorit.* mente captus haud dubie tutelam amittit, non furioſus.

SCHOLIUM.

De hoc equidem nihil deprehendo in Legibus, ſed Auctor eam affert rationem, quod mente captus nec poſſit dari Tutor. Hujus vero illam adducit ſupra quod mente captus non reſipiſcat.

Ego nihil definio; præprimis, cum utramque aſſertionem nullis legibus corroboratam deprehendam, & ultima Medicorum deciſioni relinquenda ſit.

RESPONSIO.

Hoc deprehendet Lector, citatas leges agere de furioſo: At hunc a demente ſeparant Leges, l. 8. de Tutor. dat. l. 2. de Inoff. Nihil igitur opus, ut quod de furioſis dictum eſt, ad dementes extendatur; furioſus non deſinit eſſe tutor, ob ſpem τοῦ ἀνανήψαι, reſipiſcendi, *ut ſupra ex Theophilo habuimus. In dementibus, qui innocenter deſipiunt, eam ſpem deficere ſolere, non tam obſcurum eſt, ut ſine medicorum ſuffragio id affirmare verendum ſit. In jure ſic habemus; mente captos eſſe genus, eosque vel furioſos, qui cæcitate quieta ſed continua laborant,* l. 25. C. de nupt. *junctis* d. l. 2. C. & D. l. 8. *Dementes etiam ſæpe* mente capti *vocantur, ut ſit, nomen generis ut alteri ſpeciei tribuatur,* d. l. 25. *quanquam mente captos aliquando remiſſius accipi, dicetur* in tit. ſeq. n. 7. *Notum eſt, Tutoribus ad tempus impeditis, addi Curatorem pupillo; ſed, ubi perpetuum eſt impedimentum, dari Tutores; quod eſt argumentum, Tutores, quod erant, eſſe deſiiſſe, quemadmodum probavimus, ad* tit. ff. de Tutor. dat. *nihil igitur ſcrupuli eſſe poteſt, quam ut differentia dementis & furioſi conſtet, quam ſatis evidenter demonſtraſſe videmur. Nam ſi is datur utiliter, ut dictum, quidni & maneat tutor? ſed perſeverante furore, dabitur Curator,* l. 12. pr. de excuſ. tut.

N. ADDIT.

Nunquam negavi, furorem & dementiam eſſe diverſos morbos, ut adeo fruſtra Autor ſe detineat in hujus propoſitionis nunquam in dubium vocatæ probatione. Dubitavi ſaltem de duabus aſſertionibus Autoris: Scilicet, (1) quod mente captus non poſſit dari tutor, (2) quæ prioris debet eſſe ratio, quod mente captus non reſipiſcat. Dubitavi inquam, non negavi, aut contrarium aſſerui. Unde me non ferit, quando dicitur, ea, quæ de furioſis dicuntur, non ſtatim eſſe extendenda ad mente captos. Feriret, ſi aſſeruiſſem, mente captum poſſe dari tutorem, quia furioſus dari poteſt. Sufficit, quod nec valeat argumentum Autoris. Furioſus dari poteſt tutor, ergo mente captus non poteſt, quia eſt alia dementiæ ſpecies, præprimis cum nunquam in jure quoad effectus furor & dementia ſecernantur. Imo nec in ipſis legibus, quas adducit Autor, ſc. in d. l. 8. §. 1. de Tutor. dat. d. l. 2. de inoff. *Separant ibi leges furioſum a demente, in effectu comparant. Igitur omnis vis latet in probatione ſecundæ aſſertionis, qua oſtenſa facillime acquieſco. Sed hic nihil Autor, quam quod ſimpliciter contra-*

tradicat: in dementibus, qui innocenter deſipiunt, ſpem reſipiſcendi deficere, non tam obſcurum eſſe, ut ſine medicorum ſuffragio id affirmare verendum ſit. Nam reliqua, quæ ſequuntur, omnia hic nihil probant, niſi id, de quo non quæritur. Etſi vero meum non ſit contrarium probare, ſuccurrit tamen præjudicium huc pertinens apud Carpzov. prax. Crimin. qu. 149. n. 40. verbis: **So wird er wegen ſolcher begangenen und bekannten Nothzucht, mit dem Schwerdt vom Leben zum Tode billig geſtrafft, und mag dem Gefangenen ſolche zuerkannte Todes-Straffe, dahero, daß er vor 15. Jahren im Kopffe verrückt geweſen,** *(i. e. fuit mente captus, non furioſus)* **weil ſonderlich darſieder an ihm dergleichen Beſchwerung nicht geſpüret worden,** *(vides ergo quod mente captus reſipuerit)* **nicht erlaſſen werden.** *Cæterum fateor, mereri materiam de dementia & mentis capedine, ejusque quoad effectus juris a furore differentia, ulteriorem inquiſitionem, & optandum eſſet, ut quis ea de re quid eruditi commentetur. Nam nec Zachias in quæſtionibus medico-legalibus in omnibus hic ſatisfacit, nec qui forte alii de Dementia & Melancholia quid commentati ſunt, a quibus ſæpe ſine cauſa vapulat miſer Zachias. Puto, mente captorum varia genera omnino hic ſecernenda eſſe. Puto, dari mente captos, quibus ne quidem tutor dandus, ut ſi quis, cætera ſanæ mentis, ſibi imaginetur, ſe eſſe de butyro, de vitro confectum, ſe habere naſum tres ulnas a facie porrectum, & quæ ſunt ſimilia.* *

5. (e) Atque hi ſunt modi, quibus ipſo jure tutela ſinitur, *arg. l. 1. de curat. fur.* Quod tamen non excludit tutoris officium, admonendi pupillos, ut ſibi petant curatores; alioqui neglectæ admonitionis ille tenebitur, *l. 5. §. 5. de adminiſt. tut.* Ita, inquam, ſi pubertate finita ſit tutela. Nam ſi excuſatio, vel remotio ſuſpecti a magiſtratu ſit decreta, ipſius partes ſunt, alium dare tutorem, *l. 11. §. 1. & 2. de Teſtam. tut.* In caſu mortis, Legitima tutela tranſit ad agnatum, ut *modo dict.* De Teſtamentaria ſic eſt: Siquidem alii ex eodem teſtamento ſuperſint, tunc in locum unius demortui datur alius a magiſtratu, quia Legis ordo non obtinet, niſi deficiente penitus teſtamentaria; Proin, nullo ſuperſtite, legitimus vocatur, *d. l. 11. §. pen. & ult.* ubi idem eſt in morte civili, diſſentiente licet ibi Gothofredo; adde *l. 3. §. pen. de legit. tut.* Nulla cauſa eſt, quare non idem, ſi conditionis, vel diei exiſtentia finis tutelæ adferatur, ſtatuendum ſit. Nam ſi unicus, vel omnes ita tutores deſierint, legitimus vocabitur; Quod ſi alii ſuperſint, cura magiſtratus erit, alium ſurrogandi, *arg. d. l. 11. §. pen. & ult.* Matre ad ſecunda vota tranſeunte, legitimæ, an dativæ tutelæ ſit locus, ſæpe diſputatur. Pro dativa facit textus in *l. 2. in fin. C. Quand. mul. tut. off. verſ. Quod ſi feminæ;* & memini, ſic eſſe judicatum.

Tit. XXIII.

De Curatoribus.

Minores invitos apud Romanos non fuiſſe Curatoribus ſubjectos. Definitio Curæ & partitio tituli. Differentia tutelæ & Curæ. Cur teſtamento non detur Curator. De cura furioſor. & prodig. Dativa num hæc ſit, an Legitima. Cur L. XII. T. mente captis non dederit curatorem. De tutoribus, qui pupillis dantur. De actore dando.

Poſt pubertatem Romæ adoleſcentes, ſumpta virili toga, in forum deductos gerendisque rebus admotos fuiſſe, *ad princ. tit. præc.* diximus, quo tempore in ſuam veniſſe tutelam, recipere tutelam ſuam dicebantur, *pr. de pup. ſubſt. l. 39. pr. eod.* Cicero *aliique paſſim.* Neque leges poſthac gubernatores iis præficiebant. Si qui indiligentiores viderentur, his animum propinqui advertebant. Quia tamen infirmum eſt minoris ætatis conſilium & multis captionibus ſuppoſitum, *l. 1. pr. de min.* ideo Prætor non tantum edixit, ſe reſtituturum minores in integrum, quoties lubrico ætatis capti eſſent, *tot. tit. de minor.* (quod beneficium *tutela minorum dicitur in d. l. 1.*) Verum ut illæſi potius ſervarentur, voluit minores ſibi peterent curatores a magiſtratu, ſi modo vellent: cogi enim nunquam potuerunt; Minoribus ** annorum deſiderantibus

* Conf. Thomaſ. *de præſumt. furoris atque dementiæ, Diſp. H. 1719. hab.*

** Extendit ſe vero minorennitas Jure Civili usque ad ann. *25. pr. I. h. de Curat.* ſed Jure Saxon. usque ad ann. *21.* Lehn. R. *c. 26.* Carpz. *P. 2. C. 11. D. 6.* Schilter. *ad ff. Ex. 11. th. 27. Coler. Dec. 19. n. 4.*

(e) *Poſ. 8. 9. 10.*

dari ſolent Curatores, ait Papinianus in *l. 13. §. 2. de tut. & cur. dat.* ipſis conſentientibus, nec aliter, *l. 2. §. pen. & ult. Qui pet. tut. vel curat. l. 43. §. 3. de Procur.* Sane multos ſine curatoribus egiſſe, probat *l. 7. §. 2. de min.* ubi *curatoribus ſolvi, ſi ſint.* Et in *l. 3. C. de in integ. reſtit.* aperte minores, vel habere curatores, vel ſine iis conſtituti dicuntur; Quod ſi laſcivirent & bona ſua prodigerent, tunc plane invitis datum curatorem, ex §. 3. videbimus. Conſentaneum igitur moribus vetuſtis eſt, quod in *§. 2. I. de Curat.* habetur, *Inviti adoleſcentes curatores non accipiunt.* Proinde quod in *l. 1. §. ult. de minor.* ſcriptum eſt, *Nec ante rei ſuæ adminiſtratio eis committi debet, quamvis bene rem ſuam gerentibus,* de his minoribus accipiendum erit, quibus ſemel datus eſt Curator, *qui rem ſuam recipere volunt*, ut explicatur in *l. ſeq.* Licet tamen veniam ætatis a principe impetrare, adoleſcentibus 20. puellis 18. annorum, ſi frugi eſſe probentur, *l. 2. C. de his, qui ven. æt. imp.* maturius virginibus quam maribus, nuptiarum exemplo.

2. (a) Definiri poteſt Cura; Poteſtas adminiſtrandi bona eorum, qui ſuis *rebus* ipſi ſupereſſe nequeunt; quibus verbis non modo curatores minorum, ſed & furioſorum prodigorumque & pupillorum continentur. Nam de his tribus generibus agitur ordine in hoc titulo. Eſt & aliud quartum genus, qui ad res ſolas dantur, nec perſonas ullo modo ſpectant; ut ſunt curatores bonorum, in quæ miſſio eſt facta, & curatores ventrum; de quibus hic nihil. Sed qui dantur ad res actusque certos, de his obiter meminit *§. 2.* Quæ præterea ſunt in *tribus primis poſitionibus*, de his *ad tit. ff. de Tutel.* videbimus.

3. (b) Poſſunt hinc etiam colligi pleræque convenientiæ & diſcrepantiæ tutelæ atque curæ. Conveniunt in his. Utraque publicum munus eſt, neceſſario his, quibus defertur, ſuſcipiendum. Utraque defertur per eosdem Magiſtratus, in loco vel patrimonii, vel paternæ originis, vel domicilii, *l. un. C. ubi pet. tut. vel cur.* Utraque in eorum gratiam, qui ſe ſuaque ipſi regere non poſſunt, inventa. In utraque locum habet Satisdatio, Excuſatio & Accuſatio ſuſpecti, de quibus *infra.* Sed diſcrepantiæ ſunt inſigniores; Tutela pupillos, cura puberes complectitur. Tutela ex L. XII. T. cura moribus, aut a D. Marco ſtabilita. Tutela primo eſt Teſtamentaria, dein Legitima agnatorum. Cura nunquam Teſtamentaria, nunquam Legitima, niſi in prodigis & furioſis. Tutor datur, ſeu velint ſeu nolint, pupillis; Curator deſiderantibus adultis. Tutor datur perſonis directe, rebus per conſequentiam; Curator rebus directe, perſonis conſequenter. Tutor certæ cauſæ dari nequit, poteſt curator. Tutorem habenti non datur tutor, ſæpe Curator. Tutor ante finem tutelæ non tenetur: Curator adhuc perſeverante cura, convenitur, *l. 16. §. 1. de tut. & rat. diſtr.* (c) Hæ differentiæ ſunt juris Romani propriæ. Nam mores hodierni diſcrimen tutelæ & curæ, impuberum atque minorum ignorant, ut teſtantur Gail. *2. obſ. 96. n. 1.* Grot. *manud. c. 7.* quanquam apud Friſios hoc diſcrimen omnino * ſublatum eſſe, non auſim adfirmare. Utimur quidem indiſtincte vocabulis, *Minderjagire, Onmondige, Voor-monder*, ſed & Græci tam pupillos quam adultos vocant ἀφήλικας, tam tutores quam Curatores κηδεμόνας, nec tamen ideo Græca jurisprudentia hac parte a Latina diſcrepat. Quin a Curia noſtra judicatum reperio, eum, qui Tutor fuerat & adminiſtrationem continuaverat, abſque nova confirmatione Magiſtratus pro curationis officio, non habuiſſe jus Curatoris in impediendis pupillæ nuptiis, quemadmodum hoc lege datur Curatoribus. Sic placuit, *in de ſake van Frans Jacobs de Fries tegen Doct. Martinus Wybinga anno 1619.* Inſigni argumento ejus quod dixi, jure noſtro etiamnum tutelæ curæque diſcrimen habere locum; dix. latius in *collatione, quæ eſt in Auſpic. Domeſt. pag. 81.*

4. (d) Dantur autem Curatores ab iisdem Magiſtratibus, ait Imp. a quibus & tutores, *§. 1. h. t.* ſed cum hoc diſcrimine, quod tutores petantur ab aliis, curatores non niſi ab ipſis minoribus, *ut dictum.* Sed *curator teſtamento non datur*, ait iterum Imp. quia teſtamentariam donationem XII. Tabulæ ſtatuunt, quæ curam ignorant; Quia Teſtamentaria datio jure facta invitos obſtringit, curator non datur invitis; Quia pater non poteſt de rebus filii diſponere in id tempus, quo ſui juris & teſtamenti factionis capax futurus eſt; Unde nec pupillaris ſubſtitutio puberi poteſt fieri, *§. 8. I. de pup. ſubſt.* Datus tamen teſtamento curator decreto Prætoris confirmatur,

* Nec aliud de Jure Saxonico dici poteſt, unde qui tutoris munus geſſit, a Cura excuſationem etiam in Saxonia habet. vid. Carpz. *P. 2. C. 11. D. 10.* conf. tamen Schilter. *ad ff. Exerc. 30. th. 81.*

(a) *Poſ. 1. 2. & 6.* (b) *Poſ. 7. & ſeqq.* (c) *Poſ. 18.* (d) *Poſ. 8. 9.*

d. §. 1.

Digitized by Google

d. *§. 1.* quod argumento eſt, dationem ipſo jure non valere, *per l. 1. de confirm. tut.* Confirmationis effectus eſt, ut curatori neceſſitas imponatur, non æque ut adoleſcens cogatur; (e) quia, ut abunde probatum, invitis non datur curator, *§. 2. h. præterquam in litem*, ait textus. Igitur minores, ſi judicio contendere velint, curatorem ad litem eligere coguntur; alioqui exceptione removentur, quod legitimam perſonam ſtandi in judicio non habeant, *l. 2. C. qui leg. perſ. ſt. in jud.* Ratio eſt, ne adoleſcentes judicia prætextu læſionis, per beneficium reſtitutionis in integrum facile reſcinderent, & ſic adverſarios ſumptibus gravatos eluderent. Quanquam enim Reſtitutio, ne quidem ſi Curatorem habentes ſint læſi, negatur, *l. 2. & 3. C. ſi tut. vel cur. interven.* id tamen, *cognita ſcilicet cauſa*, fit, *l. ult. de reſt. in int.* neque enim læſio facile tunc præſumitur, nec crebro concedi ſolet reſtitutio, quia in hunc finem dantur Curatores, ut cauſæ minoribus integræ potius maneant, quam legis remedium quæratur. Hæc res docet generaliter, quoties minori cum alio negotium intercedit, a quo poteſt reſtitui, ſi id procedere velit, eum poſſe ab altero compelli ad curatorem adhibendum, *l. 7. §. 2. de minor.* ubi exemplo ſolutionis rem declarat. *

5. (f) Diximus, Curationem non eſſe Legitimam, neque agnatis deferri, exceptis furioſis & prodigis, quos Lex XII. Tabb. in poteſtate agnatorum gentiliumque eſſe voluit, *§. 3.* Verba recitat Cic. *2. de invent. Si furioſus exiſtat, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto;* ſi puberes, inquam, ſint; Nam impuberes furioſi Tutores accipiunt, *l. 3. pr. de tut.* Furioſi qui ſint, per ſe patet; nempe animi quadam rabie agitati. Prodigos dicimus, quibus ob luxuriam & ſumptus inſanos, bonis interdictum eſt, *l. 1. & 10. de cur. fur.* Hi cum furioſis paſſim comparantur, quia furioſorum exitum, quod ad bona patiuntur, ut D. Pius loquitur in *l. 12. §. 2. de tut. dat.* Etſi enim, *ut idem*, ex ſermonibus, mentis compotes videantur, tamen revera *ſui* non ſunt, ut de furioſis ait *l. 7. §. 9. ex quib. cauſ. in poſſ.* hoc eſt, ſui non compotes, ſed libidinibus ſerviunt. *Exiſſe ex poteſtate dicimus eos, qui effrenati feruntur libidine*, ait Cic. *3. Tuſc.* quia non *in poteſtate mentis*, ideoque *inſani* appellantur. Moraliter ſola quidem luxuria Prodigum conſtituit, ſed quia facti res eſt, & incertum quoad usque morum inſania proceſſerit, & magna eſt ejus rei latitudo, cum & multi ad tempus in transverſum acti, brevi in rectam ſe revocent viam, cognitio Magiſtratus adhibenda eſt; Qui ſi inſanabilem reperiat, bonis interdicit, ea quæ apud Paulum eſt, formula, *l. 3. tit. 4. §. 7. Quando tua bona paterna avitaque, nequitia tua diſperdis, liberosque tuos ad egeſtatem perducis, ob eam rem tibi ea re (vel ære) commercioque interdico.* Juridice igitur, duo in prodigo requiruntur, effrenes ſumptus, & prohibitio Magiſtratus: Quæ ubi facta non eſt, valent, quæ a profuſiſſimo quoque geruntur, ut de tutore aperte prodigo, ſi Prætori obreptum ſit, eique non interdixerit, indicatur *l. 55. §. ult. de adminiſtr.* adde *l. 8. Pro emptore.* Nec poteſt eſſe verum, quod aliqui volunt, prodigis *ipſo jure* bonis interdici, non facto. Secus expreſſe in *l. 10. pr. de cur. fur.* ubi, *nihil transferre poſſunt.* non quia luxurioſi, ſed ob interdictum; quod facti eſſe, probat *l. 15. eodem, Interdici poteſt.* item *l. 27. pr. de minor.* ut *debeat* interdici. Quin diſerte per Prætorem id fieri dicitur *d. l. 10.* Et res clara eſt, non potuiſſe id ſine officio magiſtratus explicari: adeo ut quid ſibi velint neſciam, qui hoc negant, quos inter Fachin. *2. contr. 65.* qui meliores multo rationes pro ea, quam improbat, quam ſua ſententia, profert. An ſi prodigo *Lege* bonis interdicitur, *l. 18. Qui teſt. fac.* id eſt, ſecundum legem XII. T. *h. §. 3.* ideo miniſterium Magiſtratus excluditur? quaſi non & alias Tutores *Lege* Attilia & tamen a Magiſtratu dentur. Eadem ratione prodigus non poteſt pro tali deſinere haberi, nec Curæ ſuæ reſtitui, niſi magiſtratus cognoverit eum frugi factum, & decreverit eſſe reſtituendum. Quomodo enim res incertiſſimi facti immediate a Lege decerni poſſet? Pluſculum hic ſcrupuli movet *l. 1. de cur. fur. Ubi* qui ſanos mores receperit, *ipſo jure* deſinit eſſe in poteſtate Curatorum. Quid ſi ita? An aliquis ſit vel deſierit eſſe prodigus, id facti eſt, & cognitionem poſtulat; Sed decreto interpoſito, tunc immediata vi Legis, curatio ad Agnatos pertinet, ut de legitima tutela dictum; cognito frugi eſſe, tunc in continenti curatio finitur; niſi reſpondere malis, verba *ipſo jure*, in

* Hodie indiſtincte minores inviti curatores accipere debent, per *R. I. d. a. 1577. t. 32. §. 1.* quod etiam in Saxonia obtinet.

(f) *Poſ. 19. & ſeqq.*

Digitized by Google

d. l. 1. id velle, quod, ubi conſtat, eum recta mores via inſtituere, neceſſaria vi Legis, quæ pro arbitrio magiſtratus mutari nequeat, Cura ſit abroganda. Cæterum furioſi habent intervalla, vel obſcura & brevia, vel perſpicua & longiora. De prioribus elegantiſſime Celſus in *l. 18. §. 1. de acq. poſſ. Si forte in conſpectu inumbratæ quietis fuit conſtitutus*, cum furor languet magis quam intermittit; & tunc nihil recte agunt, ut *idem:* ſed *remiſſione* longiori & *dilucidis intervallis*, non modo teſtamentum condere, *l. 2. C. Qui teſt. fac.* ſed omnia gerere poteſt *ὡσανεὶ σωφρονῶν*, *tanquam ſapiens;* Nam etſi curator interim maneat, adminiſtratio tamen & auctoritas ejus ceſſat *ἐν τῷ καιρῷ ἀπολειμμάτων*, *tempore intervallorum*, ut Juſtinianus decidit in *l. 6. C. de cur. fur.* Idemne in prodigis, ubi ad tempus ſibi temperant? Etſi cum furioſis conferri ſoleant, hic tamen alia ratio videtur, quia luxuria ad breve diſſimulatur, furor ſimulari forte, at diſſimulari nunquam poteſt. Intermiſſio ſe ipſam oſtendit, nec fallit in furioſo, contra quam in prodigo; qui idcirco poſt interdictionem nihil transferre poteſt ullo tempore, *l. 10. de cur. fur.*

6. (g) *Furioſi & Prodigi*, habet textus *§. 3. in curatione ſunt agnatorum, ex L. XII. Tabb.* Sed *ſolent Romæ Pr. V. vel Prætt. & in provinciis Præſſ. eis dare curatores.* quod communiter ita intelligunt, ut magiſtratus tum demum Curatores dent, cum agnati ſunt nulli, vel inhabiles, *arg. l. 13. de cur. fur.* ſed vereor, ut hic textus & *l. 1. d. t.* eam explicationem recipiant; Cura eſt *agnatorum ex L. XII. Tab.* ait hic *§. 1. Sed*, nota adverſativam particulam, *ſolent Romæ &c.* Ergo ſolet aliter fieri, quam olim ex Lege. Clarius in *d. l. 1.* ubi, *Leg. XII. &c. Sed ſolent hodie Prætores vel Præſides curatorem dare.* Nota *Lege XII.* id eſt, *olim;* rurſus, ſed *hodie;* manifeſta oppoſitio. Plane Ulpianus docet, ab initio *moribus* curatorem dari ſolitum, hoc a Decemviris in XII. tabulas relatum, poſtremo dationem denuo invaluiſſe moribus. Proinde illis adſenſerim, qui hodie omnes curatores, etiam hos, cenſent dativos eſſe. Ideo & titulo de *Tutoribus datis*, agitur de curatoribus prodigorum *l. 12.* non in titulo *de Legitimis.* Nempe eodem tempore, quo magiſtratus bonis interdicebat, dare conſuevit & curatorem. Imo & furioſis, ubi interdicto opus non erat, datus fuit curator, *l. 8. §. ult. de tut. dat.* non modo ſi agnati deficerent, verum ſemper. Ratio enim, quæ cauſæ cognitionem adhibere Prætorem jubet in *l. 6. de curat. fur.* perpetua eſt: *quoniam plerique vel furorem vel dementiam fingunt, quo magis, curatore accepto, onera civilia detrectent.* Hoc ſcopo lex ſe fruſtaretur, ſi immediate, inſcio magiſtratu, Agnati vocarentur. Nulli igitur ſunt Legitimi Curatores directe & neceſſario; ſed tamen Prætor non ſolet agnatos temere præterire, ſi habiles fuerint, quos hactenus *legitimos* vocare licet, quia lex eos Prætori monſtrat; ſic cape *d. l. 12.* Etiam Filius Patri furioſo curator recte datur, quod veteres negabant, quaſi indecorum eſſet, patrem a filio regi; Sed D. Pius eximit hunc ſcrupulum, *l. 12. §. 1. de tut. dat.* quia inter furioſum utique & infantem nihil intereſt. Sed & in prodigo Patre idem juris eſſe, Reſcriptum Pii & *l. 1. §. ult. de cur. fur.* indicat. Præſtat enim, bona per filium, ſi is tam probus ſit, quam extraneum regi, & egregie Ulpianus *l. 4. d. t.* non eſſe *hoc regimen poteſtatis quam pietatis*, ratiocinatur.

7. (h) Furor & dementia differunt, in *l. 8. de tut. dat.* ut furioſi & dementes, *l. 2. de inoff.* vel mente capti, *§. 3. & 4. h. t.* Eſt quidem furioſus etiam demens & in eo conveniunt, quod neuter ſanæ mentis ſit, *d. l. 2.* Sed hoc peculiare habent, quod furioſus rabie animi agitetur, ſæpe cum intervallis; mente captus cæcitate quieta ſed continua laboret. De furioſis lege XII. Tab. cautum fuit, de mente captis nihil; quibus dari curatores a Magiſtratu ſine legis mentione dicuntur, *§. 4. h.* Quæ ſi ita ſunt, miror cauſam ab interpretibus non reddi, cur Lex Agnatos non æque mente captis quam furioſis præfecerit, cum ratio utrobique ſit eadem, mentis in utroque cæcitas & ſpes ſucceſſionis. Nos *lib. 3. Digreſſion. c. 18.* probavimus, Decemviros per furioſos intelligere omnes, qui nullum rationis uſum habent, ſed in omnibus errant, ad omnia cæcutiunt; Inſanos autem, qui non ſunt integræ mentis conſtituti, qui ad officia & cultum communis vitæ mediocriter ſufficiunt. Et ſic ratio poteſt reddi, cur mente captis Curator non ſit datus, ſed perinde ut mutus & ſurdus, magiſtratui relinquantur. Opus enim eſt cognitione, annon ipſe, qui male ſanus dicitur, qualitercunque ſuis rebus ſufficiat. Nam ejusmodi homines, qui habent ali-

(g) *Poſ. 24.* (h) *Poſit. 25. & ſeqq.*

quem

Digitized by Google

quem ſenſum, licet debilem & imminutum, poſſe teſtamentum condere, & matrimonium inire, Sandius noſter multa auctoritate & præjudiciis confirmat, *lib. 2. tit. 1. def. ult.* Idem de mutis, ſurdis & perpetuo morbo afflictis judicandum; quibus non promiſcue obtruditur Curator, *§. 4. & 5.* cum non deſint ita affecti, qui ſine Curatore ſuis rebus ſupereſſe poſſunt, atque incivile eſt dicere, hos cogi ad accipiendum Rectorem, ſed, ut de minoribus antea dictum, deſiderantibus curatio decernenda. In favorem eorum receptum eſt, ut Curatores qui dantur, ad eos ſe applicare cogantur, idemque in odium & gravamen minime trahendum, *vid. l. 65. §. 3. de Sc. Trebell.* Cœcis vero nuſquam legitur Curator dari; quoniam hi non æque res ſuas adminiſtrare impediuntur, quam muti & ſurdi. Præcipuum vitæ humanæ & commercii inſtrumentum eſt ſermo, cujus facultate cœci fruuntur. Unde hi creberrimum ſtipulationis contractum recte celebrant, non muti ſurdique, *§. 7. I. de inutil. ſtip.* Adde, quod mutos & ſurdos ſæpe quædam judicii infirmitas & hebetudo comitatur, in cœcis intentior fere acrimonia obſervetur, ut multis Cicero probat *5. Tuſcul. ſub finem*, ubi Democritus luminibus amiſſis, *impediri etiam animi aciem adſpectu oculorum*, prædicabat.

8. (i) Sequitur Tertium genus Curatorum, *qui pupillis dantur;* quod duobus caſibus in *§. 5. h. t.* fieri dicitur; ſi tutores, quos habent, non ſint idonei, vel ſi pro tempore excuſati fuerint. Inidonei autem ſunt, vel ob culpam tantum, vel etiam ob dolum. Legitimo Tutori indiſtincte Curator adjungitur; Teſtamentario & dativo, ſi ob culpam ſolam inepti ſint; nam fraudulenti removentur cum infamia, *§. 6. I. de ſuſpect. tut.* quod in legitimum non decernitur, *l. 9. D. eod.* In textu utrobique eſt, *non idoneus*, Theoph. eleganter de legitimo, *ἐὰν ὐκ ἀξιόπιστος, ſi non eſt fide dignus*, de reliquis, *εἰ ἀναρμόδιός ἐςι πρὸς διοίκησιν, ſi ineptus ad adminiſtrandum ſit.* Secundus caſus eſt, cum tutor jam conſtitutus, ad tempus excuſatur, ut ſi Reipubl. cauſa abeſſe inceperit, *§. 2. I. de excuſ.* Nam quia non niſi ab adminiſtratione excuſatur, ac vere tutor manet, alteri tutori locus non ſit, propter regulam juris antiquam; *Habenti tutorem tutor dari non poteſt;* quod hic & *l. 27. de teſt. tut.* inculcatur, ut & recentiori jure, *l. 9. C. qui dar. tut. l. 9. C. qui pet. tut.* Enimvero poſſe eodem tempore plures uni tutores dari, id dubio caret, *l. 24. de tut. & cur. dat.* de ratione hujus regulæ diſputavimus *lib. 3. Digreſſ. cap. 19.* Cæterum Interpretes tot exceptiones hujus regulæ collegerunt, ut verendum ſit, ne non ipſam regulam abſorbeant, ac prope melius dici videatur; Tutorem habenti aliquando Tutorem, aliquando Curatorem dari. Tamen nihil mutandum, & multæ ut exceptiones proferuntur, quæ non ſunt, ut probatum videbitis *ad tit. ff. de Tutor. dat.*

9. (k) Porro cum tutor morbo aliave neceſſitate ita coarctatus eſt, ut tutelæ ſatis intentus eſſe nequeat, poteſt Actorem conſtituere ex decreto quidem Magiſtratus, ſed proprio periculo; cum curator ſine ejus voluntate datus, ipſe ſatisdet, *§. ult. de curat.* Rerum domini mandant res ſuas Procuratoribus *l. 1. de Procur.* ſed quia Tutor dominus non eſt, licet domini loco, *l. 27. de adminiſt.* ideo is, cui mandat vices ſuas, vim Procuratoris quidem obtinet, ſed nomine Actoris diſtinguitur. Verum pupillus, ſi præſens ſit & fandi potens, auctore tutore, utpote dominus, procuratorem recte conſtituit; Imo & ipſe Tutor procuratorem in judicio facere poteſt, modo litem primo ſit conteſtatus, quia tunc Dominus eſt litis; hæc ſunt in *l. 11. D. de Proc.* Adde quæ dicentur *ad tit. ff. de Tutel.*

Tit. XXIV.
De Satisdatione Tutorum.

De Satisdatione tutorum, & quinam regulariter ſatisdent. Quinam extraordinem, ubi & de Adminiſtratoribus. De actione ſubſidiaria, & adverſus quos magiſtratus detur.

(a) Romanis legibus magna cura proviſum eſt, ut omni modo pupilli indemnes præſtarentur; non eſt enim de nihilo, quod Cæſar ait, in *N. 72. c. 6.* Τὰ τῶν κηδεμονευομένων ἀσεβῶς εἰς ἑαυτὺς τρέψας, *Res pupillorum impie in ſe vertere*, τὸ πρᾶγμα ἱεράσμιόν τι καὶ ἐπίδοξον,

(i) *Poſ. 18.* (a) *Poſ. 1. & ſeqq.*

id *rem* vocat *amabilem & appetibilem.* Ideo non tantum actio perſonalis in tutorem, finito officio datur, de qua *dictum*, ſed & tutores atque Curatores *ſatisdare* coguntur, *tit. Inſt. de ſatisd. tut.* Id eſt, datis fidejuſſoribus, pupillum facere ſecurum, *l. 1. Qui ſatisd. cog.* Pupillus ſtipulatur rem ſuam fore ſalvam a Tutore, per ſe, cum fari poteſt, vel ſervum proprium, aut publicum *l. 2. de rem. pup.* Tutor id ſpondet, ac fidejuſſores addit, ut ſi eveniat ipſum deſinere eſſe ſolvendo, damnum pupillo ab his ſarciatur. Præter quam ſatisdationem hodie inſuper juramento tutores adſtringuntur. *Auth. Quod nunc. C. de cur. fur. ex N. 72. c. ult.* Officium exigendi ſatisdationem, Magiſtratibus incumbit minoribus, per municipia duumviris, Romæ ſcribis, *l. ult. C. de magiſt. conven.* Majores, ut Prætor & Præſes, non dant Tutores cum ſatisdatione, *§. ult. h. t.* ſed ex inquiſitione, qua recte adhibita, vix periculum eſt, ne tutor male ſe gerat. In Curatoribus igitur, quoad ſatisdationem, eſt ſimplex diſtinctio. Quos dant majores magiſtratus, hi non ſatisdant, ſed qui a minoribus dantur, omnino. In Tutoribus triplex diſcrimen eſt, Legitimi ſatisdant ſemper, Teſtamentarii nunquam, quia paterno judicio idonei creduntur electi, *l. 7. §. 5. C. de cur. fur.* In dativis eadem eſt differentia, quæ in Curatoribus: dati per majores magiſtratus ſunt liberi a ſatisdando, quia inquiſitio inſtar paterni judicii eſt, & pro vinculo cedit cautionis, *l. 13. in fin. de tut. dat.* dati a minoribus omnes ſatisdant, *in princ. I. h. t.* Etiam in his diſtinguendum, qui teſtamento, non jure dantur, qui vel a patre ſunt, vel ab alio. Qui a patre, pro teſtamentariis hac parte habentur, *l. 3. de confirm. tut.* qui ab extraneo, pro dativis, *l. 5. eod.* quam alii graviter obſtare *l. 3.* ſcribunt, cum nihil ſit planius. Ergo hi a majoribus confirmati, inquiſitionem requirunt; a minoribus, fidejuſſorem præſtant, *d. l. 5.* In ſumma, pars dimidia fere ſatisdat.

2. (b) Eſt tamen caſus, quo teſtamentarii quoque & ex inquiſitione dati, ſatisdant; videlicet, ſi plures ſint dati, & unus ex illis Adminiſtratorem ſe offerat, *§. 1. h. t.* Nam inutile habetur, ut per multos tutela ſpargatur, quod fere negligentiam & confuſionem parit, *l. 3. §. 6. de adminiſtr. tut.* Ideo ſi modica ſit tutela, uni adminiſtratio defertur, reliqui ſunt quaſi honorarii & inſpectores, *d. l. 3. §. 2.* Si diffuſa, diviſio inſtituitur. Cum unus ſufficit, primus locus ei datur, qui ſe offert, ſic tamen ut reliquis optionem deferat, ſi quis eorum ſit paratus: tum qui primus eſt locutus, cedere debet, ne ſe ingerere videatur. *Primus* igitur eſt, qui provocatur. *Secundus*, qui ultro ſe obtulit, & hi omnimode ſatisdare majoremque cæteris *diligentiam* adhibere debent, adeoque leviſſimam præſtare culpam, *l. 53. §. 3. de furt.* Nemine offerente ſe, *tertio* loco vocatur is, qui a Teſtatore Adminiſtrator deſignatus eſt; merito enim Patris ſtatur voluntate, niſi Prætor id inconſultum reperiet, *d. l. 3. §. 1. & 3.* commodum autem ſatisdationis efficit, ut offerentibus ſe Teſtamentarius poſtponatur. Si nullus Teſtamento nominatus ſit, *quartus* ordo eſt ejus, qui a majori tutorum parte eligitur, *d. l. 3. §. 7.* Cum nec hi convenire poſſunt, *quinto* Prætor adminiſtratorem conſtituit. De ſorte, quæ crebro in talibus adhibetur, nihil proditum, & merito, quia de ſuo quiſque patrimonio poteſt quidem ſorte decidere; at pupilli utilitatem ancipiti eventu definiri, non expedit. Quod ſi electo a Prætore contutores diffidant, non eſt poſtulandum, ut ſuccedanei alieno periculo eſſe velint, (tenentur enim, ſi male adminiſtrantem ſuſpectum non dixerint) ſed permittendum, ut omnes potius ſimul adminiſtrent, *d. l. 3. §. pen.* vel dividatur Tutela, *§. f. d. l.* id eſt, adminiſtratio per genera negotiorum, vel per vices temporum, aut regiones patrimonii, diſtribuatur, *tit. C. de divid. tut.*

3. (c) Si nec tutorum nec fidejuſſorum bona ſufficiant, ultimum pupillis ſubſidium contra Magiſtratus comparatum eſt, Actione, quæ ex re, *Subſidiaria* dicitur, non modo propterea, quod nullos exegerint, ſed ſi nec idoneos exegerint fidejuſſores, *§. 2. h. t.* de quo ſi dubitetur, probandum a Magiſtratu, quod cum darentur, idonei fuerint, *l. 1. §. 13. de magiſtr. conven.* Quamdiu autem tutorum aut fidejuſſorum vel unus ſupereſt excutiendus, ad magiſtratum perveniri nequit, *l. 4. C. eod.* Quod eſt igitur in *l. 1. §. 15. de tut. & rat.* abrupte ſcriptum, *ad contutores non venitur*, ſed *prius ad magiſtratus*, de contutoribus intelligendum, qui diviſam a Teſtatore, vel a Judice tutelam habent, nec tenentur, niſi de neglecta accuſatione ſuſpecti, *d. §. 15. & l. 2. C. de divid. tut.* Diviſionis beneficium, niſi in dolo ſint, exemplo tutorum habent,

(b) *Poſ. 7. & ſeqq.* (c) *Poſ. 16. & 17.*

l. 7. de

Digitized by Google

l. 7. de magiſtr. conven. & heredes ex lata, non levi culpa relinquunt obligatos, perinde ut Tutores, *l. 2. C. d. t.* Cæterum, non dari hanc actionem contra majores magiſtratus, ſed eos, qui ſatisdationem exigere ſolent, per ſe liquet, & eſt *in §. ult. h. t.* Nam cujus plane ab officio aliena eſt cura ſatisdationis, is propter neglectum ejus argui non poteſt. Cogere tamen invitum tutorem ad ſatisdandum, quod fit *captis pignoribus*, *§. 3. h. t.* major magiſtratus debet, qui cum imperio eſt; his enim ſolis competit executio; & modica coërcitio, *l. ult. §. 1. de off. ej. cui mand.* ut pignora capere, corpus detinere, mulctam dicere, *l. 3. C. de ſuſp. tut.* (d) Moribus ſæculi ſatisdationes partim ſunt neceſſariæ & perpetuæ, partim arbitrariæ. In Germania * perpetuas eſſe, teſtatur Mynſing. *ad princ. Inſt. h. t.* ubi citat *part. 2. Receſſ. Imp. tit. de pupillis.* Hunc contra e diametro A. Matth. *ad l. princ.* nullum ſatisdationis uſum in Imp. Rom. ſupereſſe, affirmat, ſed jurare tutores, quod ſancitum ait Aug. Vind. anno 1548, hoc tum ſcil. ignoravit Mynſing. qui ad Inſtitut. ſcripſit anno 1533. Alibi ſatisdationes ſunt, ut dictum, arbitrariæ, Grot. *1. manud. 9. pr.* alibi inuſitatæ, ſufficiente juramento, niſi tutor obæratus vel ſuſpectus ſit, Sand. *l. 2. tit. 9. defin. 9.* De moribus aliorum vide Voet. *ad §. ult. h. t. n. 3.* & Scholiaſten noſtrum ad *Poſit. pen. h. t.* qui ſic ait:

SCHOLIUM.

Non tamen noſtris, ſcilicet moribus, obſolevit actio ſubſidiaria, Phil. Ecl. 89. ex Carpz. p. 2. c. 11. d. 41.

RESPONSIO.

Sed neque noſtris moribus, quatenus ſatisdatio adhuc requiritur, ** *ut eſt apud* Sand. d. loc.

N. ADDIT.

Habes hic exemplum, quod non ſemper ea vel fide vel diligentia adhibita ſcholia noſtra inſeruerit prælectionibus Autor, quam a tam erudito & ingenuo viro, qualem Autor alias ſe exhibere ſolitus fuit, expectabatur. Ita concepta eſt Poſitio 16. ad h. t. Actio vero ſubſidiaria, quæ dabatur in Magiſtratus minores ex eo, quod non exegerant fidejuſſores, vel ſaltem non idoneos, moribus hodiernis omnino ceſſat. *Ad iſtam Poſitionem Scholion meum:* Non tamen noſtris. *Ad hoc Scholion reſponſio Autoris:* Sed neque noſtris moribus, quatenus ſatisdatio adhuc requiritur. *Quid hoc eſt? Cur ſtatus controverſiæ mutatur? cur cum ſibi ipſi Autor contradicat, Scholion meum ita proponitur, ac ſi ad illud pertineat reſponſio, ac ſi ego non intellexiſſem, qua de re ageretur? Ut tamen nihil diſſimulem, quid jam ſentiam, puto, Scholium meum ſic emendandum eſſe. Non prohibitum eſſe hodie, ne quis actionem ſubſidiariam inſtituat, vix tamen eam inſtitui, adeoque raro ejus exempla oſtendi poſſe. Non alienum erit, hic ea adſcribere, quæ dictavi in lectionibus publicis ad Inſtitutiones* Juſtiniani: Moribus Germaniæ antiquioribus, legitimi tutores nullam præſtabant cautionem, legitimis dativi cavebant, Landr. *lib. 1. art. 23.* teſtamentarii non erant, quia non erant teſtamenta. Poſt introductum Jus Juſtinianeum in academias Germaniæ, ab hujus Profeſſoribus haud dubie ſuppeditatum fuit ſtatibus Imperii, ut receſſibus Imperii insereretur, tutores omnes debere præſtare cautionem & fidejuſſoriam & juratoriam, *R. I. de a. 1548. & 1577.* Quod cum omni ratione deſtitueretur, & repugnaret principiis juris tam Romani, quam Germanici, merito neglectum fuit utrumque in praxi a Magiſtratu in toto Imperio. Nam regulariter Magiſtratus inquirit in mores omnium tutorum, neque dat tutelæ officium niſi illis, qui bona immobilia poſſident. *Conf. Hoppium & Noricum ad Inſt. h. t.* Neque tamen moribus Germaniæ ipſo jure liberati ſunt, aut conſuetudine tueri ſe poſſunt magiſtratus, ſi conveniantur actione ſubſidiaria, quia hac actione etiam conveniuntur, qui non dederunt fidejuſſores idoneos. Interim certum eſt, actionem ſubſidiariam æque raram eſſe in praxi, quam exactionem cautionis & juramenti a Tutoribus, quia videlicet rationes poli-

* Uſus Saxoniæ ſatisdationis neceſſitatem remiſit. Nam ſicuti tutores, proximi heredes pupilli, ab ea per textum des Land-R. *L. 1. art. 23.* liberantur. Schilt. *adſſ. 1. c. §. 90.* ita nec a teſtamentariis vel dativis cautio exigi ſolet, teſte Carpzovio *L. 5. Reſp. 81. n. 14.*

** Imo licet apud nos ſatisdationem amplius a tutoribus non exigant, tamen actio ſubſidiaria non plane ceſſat. vid. Hop. *in Uſ. Hod. ad §. 3. I. h.* Carpz. *p. 2. C. 11. d. 41.* Schilter. *Ex. 37. th. 200.* conf. *Reſcriptum Joh. Georg. 1. El. Sax. 1651. 6. propter periculum ſubſidiariæ actionis*, welche denen Unmündigen auf ſolchen Fall wieder denſelben als den Magiſtrat und Ober-Vormunden zuſtehen. Leipzig. Statuta p. 267. Fac. Dec. El. 41.

(d) *Poſ. 15.*

ticæ diſſuadent privatis actiones contra Magiſtratum. *Hactenus dictata. Quibus non obſtant præjudicia ap. Carpzovium in Scholio allegatum, ut quæ pronunciant ſaltem, quod actio dari poſſit, non proferunt exempla, quod actio inſtituta fuerit cum effectu.*

Tit. XXV.

De Excuſationibus Tutorum & Curatorum.

De Excuſatione ejusque cauſa prima, numero liberorum. Adminiſtratio fiſci. Abſentia Reip. cauſa. Poteſtas. Onus trium tutelarum. Paupertas. Morbus. Imperitia literarum. Inimicitia. Artes liberales. Tutela geſta, & veteribus tutelis has cauſas non convenire. Quo tempore proponenda excuſ. Hodie non appellari immediate. Cauſæ prohibitionum; vitia Naturæ & minor ætas. Lis inter pupillum & tutorem. Matrimonium. Militia. Clericatus. Excuſandi verbum an & illis tribuatur, qui prohibentur. Etiam Legitimos tutores excuſari. Tutorem falſa cauſa excuſatum, non eſſe liberum.

(a) TUtela & Curatio ſunt munera civilia, id eſt publica, *l. fin. §. 28. de Muner. & honor.* quia publica neceſſitate omnibus imponuntur, *pr. I. de excuſ. tut. l. 9. de his, qui ſui vel. al.* quanquam alio ſenſu non ſunt munera Reipubl. quatenus ad privata patrimonia dantur, *l. 6. §. 15. de excuſ. tut.* Separatur etiam tutela a muneribus civilibus, *l. 8. §. 1. de vac. & exc.* quia ſub generali vocatione munerum non continetur excuſatio a tutela, ſed ſpecialem requirit mentionem legis, *l. 15. §. 12. l. 17. §. 13. de excuſ.* Cæterum Regula eſt, omnes cogi ad munera, *ne deſint, qui neceſſaria in Rebus publicis obeant, l. 1. de vac. & exc.* Ergo & invitis tutela & cura imponitur, quanquam Plato Tutores nolebat quam ἑκόντας τε καὶ ὁμολογοῦντας conſtitui, *l. 11. de LL.* quod æquitate quidem erga tutores, ſed Lex Romana utilitate pupillorum præſtat: quia, quo quisque magis invitus, eo fide potior habetur, & dum magiſtratus idoneum ſimul ac volentem, quod in re oneroſa non facile eſt, conquirit, pupillus defenſore careret. Cauſæ igitur excuſationis diligenter ſunt traditæ *tit. Inſt. & D. de excuſat. tut.* propter quas liceat ἀποφεύγειν τὸ τοῦ κηδεμονίας ἄχθος, ait eleganter Theoph. §. 3. Non in iis ordinem Imperatoris ſequemur, qui in omnibus fere non tantum æquitatem pro tutoribus: ne qui has cauſas habent, onerentur; ſed & utilitatem pupillorum ſpectavit: ne qui his cauſis ſint impediti, ad tutelam minus attendant. (b) Diſtinguntur autem cauſæ Juſtinianeæ, in excuſatorias proprie dictas & prohibitorias. Ex his Imperator primam ponit *multitudinem liberorum, in pr. h. t.* Nam Romæ fuit celebre ejus *trium liberorum*, quos qui in urbe haberet, a muneribus perſonarum & nominatim a tutela curaque immunis erat: idemque jus in Italia quatuor, in provinciis quinque habenti indultum, *pr. h. t.* Nempe Italiam non eſſe provinciam, tritum eſt; hanc enim dicimus regionem, quæ armis a populo Romano ſubacta, miſſis Roma Magiſtratibus gubernabatur, cum Itali omnes ſocii, nec tantum liberi, ſed plerique cives fuerint. Liberi autem, ut proſint, debent eſſe naturales, legitimi, vivi, *h. pr.* non proſunt igitur adoptivi, vid. *ad tit. 11. n. 5.* illegitimi, *l. 2. §. 3. h. t.* qui in ventre ſunt, §. 6. neque mortui, §. 4. niſi bello perierint, hoc eſt in acie, non per aliam belli cauſam, ut in obſidione, *fin. h. pr. l. 18. h. t.* in conflictu, inquam, hoſtili. Magnificam addit rationem Imp. *Qui pro Rep. ceciderunt, hi in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur;* pulcher locus innumeris veterum ὁμοψήφοις, cui vacet, illuſtrandus: Liberi tamen mortuorum proſunt avo, ita ut patrem repræſentent, *hoc pr.* ſed nepotes ex filiabus patri vel avo paterno, non materno imputantur, *l. 3. C. de his, qui num. lib.* Mirum autem, captos ab hoſte non numerari, *l. 2. C. qui num. l. 10.* An ut cives R. virtute bellica potius quam clementia hoſtium niterentur, *arg. l. 12. pr. de cap. & poſtl.?*

2. (c) *Secunda* excuſatio eſt ejus, qui res fiſci adminiſtrat, §. 1. & qui res dominicas, *l. 41. h. t.* Per fiſcum intelliguntur bona, quæ Princeps qua Princeps & caput Reip. habet; per res dominicas, patrimonium principis privatum, quæ olim *res Cæſaris:* ab utrisque olim diſcrepabat ærarium, quod tamen & heic ſub fiſco continetur, dix. *lib. 3. Digreſſ. c. 21.* Per eum autem,

(a) *Poſit. 1.* (b) *Poſ. 2. 3.* (c) *Poſ. 4. 5. 6.*

qui

qui res fiſci adminiſtrat, *in d. §. 1.* videntur omnes, qui curam alicujus rei a Principe acceperunt, intelligi, *l. 22. §. 1. de excuſ.* etiam conductores vectigalium, *l. un. in fin. C. ne tut. vectig. cond.* Exactores tributorum, *l. 10. C. de excuſ.* Coloni Principis, *l. ult. Qui dar. tut. v. e.* Ratio hujus cauſæ non tantum eſt, ut res fiſci exacte, & ab eo, qui tantum hoc agit, curentur, ſed quia fiſcus & pupilli adverſus adminiſtratores ſuos præcipua utrique jura habent, quæ ſi concurrant, *ἀνάγκη*, ait Theoph. *hic*, *ἢ βλάψαι τὸν Φίσκον*, *neceſſe eſt, vel fiſcum lædi*, *ἢ τὰ τῶν νέων ἐλαττῶσαι δίκαια*, *vel adoleſcentum jura imminui.* Civitates autem cum privilegiis fiſci careant, *l. 10. ad munic. l. 2. C. de jur. Reip.* ſequitur, earum adminiſtratores non excuſari; cum ad hoc ſpeciali lege ſit opus; adde *l. 15. & 16. de V. S.* Imo diſerte in *l. 15. §. 7. h. t.* *λογιστεία*, *ratiocinatio*, quæſtura *civitatis*, ne quidem juncta cum duabus tutelis, prodeſt.

3. (d) Tertio excuſat abſentia Reip. cauſa, *§. 2. h.* cui æquum eſt privata cedere, qualis potiore ſenſu tutela eſt ſine dubio. Balduinus, Vinnius, aliique Interpp. *hic*, ut doceant, qui Reip. cauſa abſint, ablegant nos ad *tit. D. Ex quib. cauſ. maj. in l. 32. & ſeqq. & paſſ.* ſed vix tuto. Nam ibi de reſtitutione in integrum agitur, quam Prætor dat præcipue quidem propter abſentiam Reip. cauſa; ſed & ipſe & JCti hanc latius extenderunt ad quamvis neceſſariam, imo juſtam & probabilem cauſam, veluti ſtudiorum, in *l. 1. in fin. l. 28. pr.* etiam ad legatos municipiorum, *l. 8. l. 35. §. 8. Imo legatum civitatis reſtitui æquiſſimum eſt*, *licet Reipubl. cauſa non abſit*, ait Ulp. in *l. 26. §. 9.* Sed excuſatio a tutelis ſtricte accipitur, nec ad ſimilia ſine lege expreſſa produci poteſt: nulli competit, niſi cui nominatim id privilegium indultum ſit, *l. 15. §. 12. l. 17. §. 3. h. t.* Quin Modeſt. in *l. 10. pr.* populo Rom. cauſam hanc diſerte applicat, *δήμου Ῥωμαίων ἕνεκα*. Non magis igitur abſentia civitatis cauſa, quam adminiſtratio excuſabit. Sunt autem tres quaſi gradus immunitatis: horum Primus eſt; Dum abſunt, nova eis tutela invitis non imponitur. Secundus; A ſuſcepta tutela excuſantur, *quatenus abſunt*, *hoc §. 2.* vel *cum abfuturi ſunt*, *ut l. 1. C. ſi tut. Reip.* *οὐ μόνον ἐσομένης, ἀλλὰ καὶ ἐπικειμένης*, *non modo incepta jam*, *ſed & inſtante abſentia*, ait Theoph. neque enim ita coarctandus eſt tutor, quin etiam, dum parat ſe ad iter, curator ſubſtituendus ſit; qui reverſo tutori officium redhibebit, non tamen præciſe continuoque poſt reditum, ſed cum civili intervallo, quod *laxamentum itineris* vocat Neratius in *l. 4. de vacat.* etenim temporaria tantum immunitas fuit. Tertius gradus eſt, quod reverſus a novis tutelis habeat anni vacationem, eoque demum elapſo, novis pupillis præficiatur, ut hoc quietis præmium laboris pretium habeat, *d. §. 2.* atque is non cedit a die reditus primo, ſed cum aliquo etiam laxamento, *d. l. 4.*

4. (e) Quarto excuſat *Poteſtas*, *§. 3. h. t.* qua voce ſignificantur majores Magiſtratus, quibus poteſtas ſive imperium tribuitur, latiore enim ſenſu hæc vox ſine abſurditate non poteſt accipi; neque enim, quibuscunque aliqua poteſtas competit, iis excuſatio datur. Poteſtas autem a dignitate differt. Nam de hac Modeſtinus ſcribit in *l. 15. §. 2.* *Εἰδέναι δεῖ, ὅτι ἀξίωμα οὐδενὶ παρέξει παραίτησιν.* *Sciendum eſt, dignitatem nulli tribuere excuſationem.* Poteſtati quidem ineſt dignitas ſemper, ſed & ſine poteſtate ſunt dignitates, ut Conſularium, & omnium, qui magiſtratus geſſerunt: nam poteſtates excuſantur tantum *ἕως ἐν ἀρχῇ*, donec cum imperio ſunt, *l. 6. §. 14. h. t.* Senatoria tamen dignitas, etſi poteſtas non ſit, excuſat a tutelis inferiorum ordinum, non Senatoriis, *d. l. 15. §. 2.* Cum autem Ædiles non excuſentur, *l. 17. §. 4.* inde colligitur, eos non fuiſſe majores Magiſtratus, nec adeo opus eſt, *d. l. 17. §. 4.* de municipiorum ædilibus cum Gothofr. accipi: Nam ædilis coërcere non potuit, nec jubere in carcerem duci, imo nec prenſionem habuit, ſed ipſe in jus vocari potuit, Gell. *13. c. 13.* Quæ omnia in his, qui majores ſunt magiſtratus & Imperio præditi, contra ſe habent, *l. 2. de in jus voc.* Sueton. *c. 18. Jul.* Cæterum, diſtinctio inter majores & minores eſt propria Romanorum, ad quos comparati municipales magiſtratus ſunt quidem longe minimi, ſed & hos tamen excuſari, diſerte ait Modeſt. in *l. 6. §. 16. h. t.* *οἱ ἄρχοντες τῶν πόλεων*, ipſi duumviri; vel quia in ſuo genere & domi, ſunt etiam majores, reſpectu aliorum in oppidis inferiorum, vel quod non tam honos, quam onus & moleſtia municipalis magiſterii, conſideretur. Idem noſtris civitatum

(d) *Poſ. 7. 8.* (e) *Poſ. 9.*

magiſtris * permittendum Curia cenſuit, *l. 2. tit. 9. def. 6.*

5. (f) Quinto, immunem faciunt tria onera tutelæ non affectatæ, qualis heic dicitur, non quæ per ſordes & gratiam quæſita eſt, ut alii; nam qui ita, arcendi ſunt, hic autem quærimus, qui non excuſentur, id eſt, cogantur: ſed affectare, eſt ſubtiliter quærere leves facilesque tutelas, quæ numerum expleant, onerent parum aut nihil, defunctorie, dicis gratia, ut *alibi*; *ἐντελεστάτην*, ut Theoph. Verum prætor non tam numerare, quam ponderare tutelas debet, magnitudinem patrimonii, ætatem pupillorum, molem rerum ſpectare, modicas tenuesque tutelas,aut quarum pupilli parum abſunt a pubertate, non admittet, *l. 15. §. 15. l. 17. pr. h. t.* Aliquando & unam vel duas pro tribus habebit, ſi tam diffuſæ & negotioſæ ſint,*l. 31. §. ult. h.* Sed nec ſecundum capita pupillorum numerus tutelarum initur, verum ex ſeparatione patrimoniorum & diverſitate rationum reddendarum; ut fratres conſortes, una, diviſo patrimonio plures tutelæ ſint, *l. 3. & l. 31. §. ult. h.* Excuſant tutelæ, *quamdiu adminiſtrantur, hoc §. 5.* finitæ deſinunt prodeſſe. Exemplum; Tres habebam tutelas; adhuc duæ dabantur; non feſtinavi me excuſare, ut in re clara; ex prioribus pupillis unus moritur; ſtatim me tenet nova tutela, quam prompta excuſatione vitaſſem; jura vigilantibus; imo & quarta tenebit, niſi denuo in tempore me excuſem, quæ eſt ſpecies *l. 31. pr.* ubi *in fin.* additur, imputari tutelam ei, qui periculum fert, licet non adminiſtret. Quare ſi tres in unius Patris poteſtate, vel Pater cum filiis pariter habeant tres tutelas, ſinguli unam, nullus vexabitur; *tria onera in domo una eſſe ſufficit;* quia omnes tutelæ ad periculum Patris ſpectant, *l. 4. §. ult. l. 5. h. t.*

6. (g) Sequuntur tres impotentiæ ſpecies, *Paupertas, morbus, imperitia literarum, §. 6. 7. 8.* cui additur quarta *Senectus, in §. 13.* Nam qui tam iniqua conditione fortunæ utitur,ut non niſi parce & duriter victum exercere, & ſe ſuosque tueri queat, is merito a tuendis extraneis excuſatur, *§. 6. h. l. 7. h. t.*

7. Idem in ægrotis & adverſa valetudine laborantibus,quos diſtinguit *l. 10. §. ult. h. t.* Sed utraque hæc cauſa cognitionem deſiderat; Probare enim debet, qui paupertatem fatetur, oneri injuncto ſeſe imparem, *d. l. 7.* Proinde prout valetudo eſt, qua quis afficitur, ſolet vel ad tempus, vel in perpetuum excuſari, tam a ſuſcepta, quam a nova tutela, *l. 11. & l. 12. pr. h.*

8. (h) Literarum quoque inſcitia videtur ex iis eſſe cauſis, quibus cognitio adhibetur, ut aliquando ſimpliciter, aliquando ſub modo excuſet; Simpliciter eam prodeſſe, affirmatur in *§. 8. h. t. Quamvis*, id eſt non obſtante, *quod imperiti literarum ad negotia ſufficere poſſint.* Nam ut voce *quamvis* reſtringi priora & limitari dicamus, ingenium ſermonis non patitur. Ampliat potius *τὸ quamvis*, ut optime Theoph. *εἰ καὶ τοι μάλιστα, etiamſi maxime.* Sed in *l. 6. in fin. h.* literarum imperiti tum demum excuſantur, *ſi non ſint expertes negotiorum;* neque hæc pugnant; excuſantur,ſi probent, ſe ob hanc cauſam *oneri injuncto eſſe impares*, alioqui non admittitur allegatio, prorſus ut de paupertate docet *d. l.* Sit igitur hic ſenſus *§. 8.* Imperiti literarum excuſantur, ſi tutela ſit tam diffuſa, ut absque uſu literarum explicari & rationes confici non queant, *quamvis* alias ad negotia ſat ſolertes videantur; modicam vero tutelam ſuſcipere tales coguntur, & ſic cape *d. l. 6. in fin.* Hic valet quod Colum. *l. 1. de R. R. c. 8. Poteſt etiam illiteratus, dummodo tenaciſſima ſit memoria, rem ſatis commode adminiſtrare.*

9. (i) Inimicitia tutoris, cum Patre pupilli exercita,an excuſet, tractatur in *§. 9. & 11.* Magiſtratus equidem non facile inimicum pupillo præficiet,qui jam datum rejicere debet, *l. 3. §. 12. de ſuſp. tut.* verum quem pater ipſe teſtamento dedit, quamvis ſimultas & inimicitia, ſed minus atrox inter eos fuerit, hic pro amico & certæ fidei habendus, *arg. l. 36. pr. h. t.* Ideoque minime arcendus neque excuſandus, quia incivile & nefas eſt,litigare cum mortuis, vel *μνησικακεῖν* cum heredibus; at ſi adeo inhumanus reperiatur,qui, ut inimico ſuperſtiti ægre faciat, tutelam, a qua ſcit hominem abhorrere, teſtamento ei imponat, tantæ malitiæ non indulgetur, ſed excuſatio permiſſa eſt, *d. §. 9.* Porro capitales inimicitiæ excuſant, *§. 11. h.* Eſt autem capitalis *κεφαλικὴ ἔχθρα l. 6. §. 17. h. t.* ſtricte, quæ ex capitali accuſatione eſt orta, ut Cujac. & Ant. Aug. *ad. d. l.*

* Hodie omnes Magiſtratus excuſantur, licet officium eorum ab antea ſuſcepta tutela non liberet. Giſebert, *Statut. Peric. II, art. 21. n. 15.*

(f) *Poſ. 10.* (g) *Poſ. 11.* (h) *Poſ. 12.* (i) *Poſ. 13.*

6. ad-

Digitized by Google

6. adde, vel ex quæſtione ſtatus, ut ſi pater pupilli tutorem in ſervitutem vindicaverit, *§. 12. h.* Nam ſi capitale ſupplicium eſt, quo libertas aufertur, *§. 2. I. de publ. jud.* cur non & lis de libertate capitalis erit? vide ſis *l. 14. de bon. libert.* Imo & latius patere *capitales inimicitias*, indicant *l. 14. de procur. l. 15. de recept.* ubi Procuratores & arbitri, ob *capitales inimicitias* ab officiis ſuis excuſantur: tantumne ſi capitis accuſati? Imo ſi & infamati ſint, *d. l. 15.* Duas inimicitiæ ſpecies JCtus tradit in *l. 3. §. ult. de adim. leg.* Levis, & capitalis ſeu graviſſima. Ita hic, ob levem non datur ſimpliciter, ſed ob graviſſimam competit excuſatio, id eſt ob capitalem, quia de fama, de fortunis ac ornamentis omnibus decernitur, quam capitis litem Cicero in *orat. pro Quint.* vocat. Sed an decet ſapientem, præſertim Chriſtianum, detrectare tuitionem pupilli ob inimicitias paternas? *καλῶς ποιεῖτε τοὺς μισοῦντας ὑμᾶς*, *Matth. 5. v. 44.* Si ipſis bene faciendum inimicis, quanto magis liberis eorum? ſed alia hic ratio occurrit, ait D. Vinnius, *ut liceat ſiniſtram ſuſpicionem hoc obtentu vitare & antevenire remotionem;* famæ ratio habenda; ne adverſa & damna pupillorum inimicitiæ imputentur. Hæc reputatio conſcientiam excuſantis abſolvit; ſed judicem & hæc ratio movebit; durum eſſe, hominem graviſſime a defuncto læſum, ad regendam ejus hereditatem compellere: nec religio exigit, ut quælibet officia præter neceſſitatem inimicis præſtentur; nec caritatis Lex imperat tutelam, niſi cum alius reperiri nequit.

10. (k) Inter præmia ſenectutis, eſt immunitas a muneribus & honoribus; Anni L. a militia excuſabant: LVI, a decurionatu, *l. 11. de decur.* LX. vel LXV. a Senatu, Sen. *de brev. vit. in fin. & 2. contr. 65.* LXX. a muneribus perſonarum, præcipue a tutelis, *l. 3. de jur. immun. §. 13. h. l. 2. h. t.* Exceſſiſſe autem annum ſeptuageſimum * oportet, ut diem ultimum attigiſſe non ſufficiat, *d. ll.* quam ſubtilitatem nec praxis ſpernit, Sand. *2. tit. 9. def. 5.* quanquam in honoribus alioqui annus inchoatus pro completo habetur, *l. 8. de mun. & hon.* Quod autem in *l. 3. C. qui æt. vel prof.* anni LV. a tutela excuſare dicuntur, haud dubie vitioſum, & cum Cujacio legendum 70, ipſe textus oſtendit.

11. (l) Poſtremo Grammatici, Rhetores, Medici excuſantur, *§. 15.* (primus Medicis immunitatis auctor Auguſtus, in gratiam Antonii Muſæ, teſte Dione *l. 53.*) cum duplici reſtrictione, ſi Romæ, vel in Patria ſua has artes exerceant, ac intra numerum ſint. Non quod præfinitus Medicorum aut Rhetorum numerus per ſingulas civitates certus eſſet, quem egredi non liceret, *l. 6. §. 2. h. t.* niſi *ἄγαν ἐπισήμονες*, *valde* aliqui *excellerent*, *§. 10. d. l. 6.* non quivis habentur immunes, ſed *περιοδευταὶ*, *circulatores*, *circumforanei*, *d. §. 2.* nempe, qui de foro in forum & regionatim, una tamen urbe, circuibant, medicinam facientes, *Viſitatores*, ut vocantur ſacerdotes *περιοδευταὶ* *l. 42. §. 9. C. de epiſc. & cler.* Grammatici non ſunt, qui primis literis pueros imbuunt, ** nam hi carent immunitate, *l. 11. in f. de mun. & hon. l. 2. in f. de vacat.* ſed Profeſſores, qui opponuntur ludimagiſtris *l. 1. §. 6. de extraord. cognit.* In *d. l. 6. §. 1.* adduntur Sophiſtæ, *οἱ σοφιστεύοντες*, *§. 11.* qui progymnaſmata Eloquentiæ docent, & ſunt medii generis inter Grammaticos ac Rhetores. His enim ceſſit nomen Sophiſtarum, poſtquam a ſapientiæ magiſtris repudiatum, philoſophorum appellationi originem dedit, qui & ipſi excuſantur, *§. 5. d. l. 6.* quod eorum profeſſio omnino tutelis diſtraheretur; ſed a ſumptuoſis muneribus non ſunt immunes, quia pecuniam curare non debent, hæc ratio redditur in *§. 7. d. l. 6.* Paupertatis enim ſtudium, ut nota philoſophorum perpetuo inculcatur. *Hoc eos profiteri oportet, mercenariam operam ſpernere*, *l. 1. §. 4. de extraord. cognit.* Papin. in *l. 8. §. pen. de vacat. & excuſ.* *Vere philoſophantes pecuniam contemnunt, cujus retinendæ cupidine, fictam adſeverationem detegunt.* Olim Juris profeſſores non gaudebant excuſatione, præterquam Romæ, *d. l. 8. §. 12.* ſed a Conſtantino omnes Artium Profeſſores & Legum Doctores immunitate donati ſunt, *l. 6. C. de Profeſſ. & Med.* quod tamen ad hodiernos Doctores extendere omnes vix licet, quia plerique in foro verſantur, & lex 6. de his, qui *alios ſtudiis & artibus inſtituunt*, loquitur *in fin.* Poetæ non excuſantur, *l. 2. d. t. C.* etſi Cuj. in *d. l. 6.* divinos ſpiritus privilegio dignos cenſet;

* Nec apud Saxones an. 60. ſufficit, ut Schulzius *Syn. J. h. lit. e. a. LX. L. 1. art. 42.* exiſtimat, cum textus ille non receptus ſit, teſte Philip. *Uſ. Pr. Inſt. Ecl. 91. n. 11.* Carpz. *L. 5. Reſp. 90.*

** Unde privilegium excuſationis, Grammaticis, tributum non eſſe etiam apud nos extendendum ad eos, qui ſcholas privatas exercent, die Winckel-Schulmeiſter, recte monuit Hopp. *ad §. 15. I. h. in uſ. mod.*

(k) *Poſ. 18.* (l) *Poſ. 15. & 16.*

qui

Digitized by Google

qui tamen publice docent Artem Poëticam, videntur cum *aliis literarum & liberalium* Profeſſoribus excuſandi, *arg. d. l. 6.* Non Geometræ, *l. 22. h. t.* nec Calculatores, *l. 4. C. de Prof. & Med.* nec Muſici, *arg. l. 4. C. de excuſ. mun.* Profeſſores, qui minus utiles frequentesque ſe præbent, numero poſſunt eximi & immunitate privari, *l. 2. & l. 8. de Prof. & med.* Vid. *lib. 3. Digreſſ. c. 23.*

12. (m) Atque hæ omnes cauſæ tutoribus & Curatoribus ſunt communes; Una Curatoribus propria ſubjicitur in *§. 18. h.* Quod qui tutelam pupilli alicujus geſſit, ad ejusdem curationem invitus dari nequeat, nec a Teſtatore neque a magiſtratu; quia durum eſt, uni in uno pupillo duplex onus injungi, *l. 20. C. h. t.* Excipitur libertus, *l. 8. C. h. t.* Moribus hodiernis, ut *ſupra* dictum, pubertas non finit tutelam, ſed hæc uno contextu in curationem tranſit & continuatur usque perfectam ætatem. * Porro cauſis excuſationum, hi quibus competunt, ut pro ſe introductis, renunciare poſſunt, *arg. l. 46. de pact. l. pen. C. eod.* Et videntur renunciaſſe, adeoque amittunt jus ſuum, qui ſe patribus pupillorum tutelam ſuſcepturos promiſerunt, *§. 9. h. l. 15. §. 1. h. t.* Omnes hæ cauſæ excuſant a tutelis noviter delatis, non a veteribus & pridem ſuſceptis. Adeo ut ſupervenientes tutoribus jam factis nihil proſint, ne quidem, ſi lite excuſationis pendente naſcantur, *l. 2. §. 8. l. 28. pr. h. t.* Sand. *l. 2. tit. 9. defin. 8.*

13. (n) De tempore proponendæ excuſationis in judicio, agitur *§. 16. h. t.* Eſt hoc quinquaginta dierum, quod tempus partim eſt utile, partim continuum. Utile, quia non mox a datione, ſed ex quo tutor ſe cognovit eſſe datum, cedit, *d. §. 16. & l. 13. §. 1. h.* Continuum, quia omnes dies computantur tam feriati quam faſti; Utile enim tempus eſt, cui eximuntur dies quibus agi non poteſt, tam ob ignorantiam, vel abſentiam partium, quam quod ob ferias copia Prætoris non ſit, *l. 1. de diverſ. & temp.* Dies 50. dantur, niſi quis habitet ultra centeſimum lapidem, id eſt, milliare: qui enim tam procul a foro ſuo aberat, huic primo dabantur dies *triginta*, inſuper totidem dies, quot erant vicena milliaria, ut tamen nunquam pauciores quam dies 50. darentur: Proinde, ſi quis plures quam 50. haberet, hunc oportebat longius quadringentis milliaribus abeſſe, *l. 13. §. 2. h. t.* hoc eſt centum fere Germanicis. Nam milliare Romanum conſtat mille paſſibus, ſive *octo ſtadiis paulo minus.* Plutarch. *in Cajo, τὸ δὲ μίλιον ὀκτὼ σταδίων.* Germanicum commune 32. fere ſtadiis. Quæ autem Provincia hodie tanta eſt, ut aliquis ultra 400. millia a metropoli ſua habitare poſſit? Tempore elapſo, nihil proderit excuſatio, licet admiſſa a magiſtratu, *d. l. 13. §. 5.* niſi juſtiſſima cauſa, *§. ult. d. l.* Primo igitur apud judicem ordinarium proponenda excuſatio; (o) A quo ſi rejecta ſit, tunc ad ſuperiorem appellari poteſt. *d. §. 16.* Olim provocatio confeſtim a datione recte fiebat; ut ab aliis hodieque muneribus publicis, *l. 1. de vac. & excuſ. l. 11. C. de appell.* In tutela mutavit hoc D. Marcus, *l. 1. §. 1. Quand. appell. Non oportet provocari*, ait textus: ſed excuſationem *allegandam habet*, expreſſe per formam præcepti, *& ſi fuerit repulſus, tunc demum appellare debebit:* manifeſti gradus; Excuſatio primo, ſententia judicis, appellatio; ** tandem, ne quid dubitetur, *ante fruſtra appellatur* ait; neque enim valet appellatio per ſaltum facta, & omiſſis his, qui ſunt ex imo ordine, *l. 21. pr. de appell.* de voce *fruſtra* confer *princ. d. l. 1. l. 1. inf. C. de tut. qui ſat. non ded.* Scimus opponi *l. 4. & l. 13. de excuſ. tut. l. 16. eod. l. 18. C. eod. l. 39. §. 6. de admin. tut. l. 2. & pen. de Tut. dat. l. 17. §. 1. de Appell.* de quibus *ad ff. h. t.* dicemus.

14. (p) Fuerunt excuſationum cauſæ, ſequuntur prohibitiones, per quas, ne quidem ſi velint, tutoribus eſſe licet; quales primo ſunt, vitia naturæ, ſi quis mente captus, ſurdus, *l. 1. §. 2. & 3. de tut.* & cœcus ſit, *l. 3. C. Qui dar. tut.* minores 25. annis prohibentur, olim excuſabantur, ait Tribon. *in §. 13. h.* hoc eſt, ut conjicio, olim cauſæ excuſationis poterant a minoribus allegari ut a cæteris, ſi nempe ad teſtamentariam vel legitimam tutelam vocarentur, non hoc ipſum, ut vult Theoph. ὅτι ἥττων εἰμὶ, quia minor annis ſum, ſed quod tribus liberis aut tutelis gravati &c. Nos autem, ait Juſtinianus, effecimus, ut excuſationi in minore locus non ſit, ut nulla poſſit uti, quia plane eum prohibuimus; quod ta-

* Conf. tamen *not. ad §. 3. tit. 23.*

** Jure Sax. & ab initio, & repudiata excuſatione, appellatio interponi poteſt. *Appellat.* Patent *d. a. 1670. §. 1.*

(m) *Poſ. 17.* (n) *Poſ. 18.* (o) *Poſ. 19.* (p) *Poſ. 20. 21.*

men

Digitized by Google

men mox ad legitimam reſtringit, de qua ſola agit *l. ult. C. de legit. tut.* ſic nihil a Triboniano erratum, ut contra Cl. Vinnium diſputavimus *L. 3. Digreſſ. c. 24.* ubi & reum alterius inſcitiæ Tribonianum defendimus.

15. (q) Deinde Cauſa litis inter Tutorem & pupillum eſt prohibitoria. Olim lis de omnibus bonis, vel de maxima eorum parte, excuſabat, *§. 4. h. l. 20. & l. 21. h. t.* imo & tunc, quando tutor metuebat, ne pupilli nomine implicaretur liti cum perſona ſibi conjuncta, *l. 23. C. h. t.* quod Græcus paraphraſtes vocat jus *ξένον καὶ θαυμαστὸν, novum & mirabile*; non tantum ob propriam, ſed & metum alienæ litis excuſari. Secundum hæc, debitor vel creditor pupilli tutor eſſe & ipſe ſibimet ſolvere poterat, *l. 8. C. qu. dar. Tut. vel Curat.* verum hodie tam debitor quam creditor pupilli, excluditur a tutela & cura, * *Auth. minoris. ſub d. l. 8.* ex *N. 72. c. 1. & ſeqq.* Ratio eſt in *c. 3. in fin. ἵνα μὴ πολέμιον ἀλλ' οὐ κηδεμόνα δῶμεν τῷ νέῳ, ne hoſtem magis quam curatorem adoleſcenti demus*, ac debitum, vel intervertatur, vel inique imputetur, *d. c. 1.* Quin ſi diſſimulent, creditor quidem amittit jus ſuum, debitor ſolutione facta non liberatur, *c. 4. d. N.* Quod ſi tutori jam facto neceſſaria obligatio cum pupillo interceſſerit, ſtatim ſuſpecto adjungitur Curator, *cap. 4.* at ceſſiones pupillarium actionum in tutores factæ, ſunt ipſo jure nullæ, *cap. 5.* Hæc de debito & credito, quæ ſunt cauſæ litium, multoque magis de litibus ipſis obtinent. Pragmatici quæ dicta ſunt, ea de legitimo & dativo tutore ſimpliciter accipiunt; ſed in teſtamentario ita, niſi pater ſciverit cauſam obligationis; neque enim ulla tunc diffidendi cauſa, Sand. *l. 2. t. 9. d. 1.* & ipſum jus civile excipit matrem ac aviam, quæ poſſunt eſſe & creditrices & tutrices, *Auth. ad hæc. C. Quand. mul. tut.* ex *N. 94. c. 2.* quod recte ad Patrem & avum extenditur. Sand. *d. tit. 9. def. 2.*

16. (r) A cura prohibet matrimonium. Maritis, inquam, interdicitur cura uxorum, ** *l. 2. C. qui dar. tut.* etiam furioſarum, *l. 14. de cur. fur.* eadem ratione, qua nuptiæ inter curatorem & adultam ſunt vetitæ, *ſupr. tit. 19. n. 13.* ne vis maritalis poteſtatis curatoriam corrumpat, & maritus graſſetur, rationum reddendarum ſecurus, nec ſuſpecti infamiam metuens. Idem eſſe in ſponſo, Modeſtinus ait, *οὐκ ἔξεστιν*, non licet, *l. 1. §. ult. h. t.* ſi non verba *μνηστῆρος* & *μνηστῆς* ibi conjuges ſignificant, ut vult Cujac. ad *d. l. 1.* Bona uxorum ſunt dotalia, vel paraphernalia, vel receptitia. Dotalium maritus eſt dominus, *ut alibi*; Paraphernalia, id eſt *præterdotalia*, uxoris, ſed a marito adminiſtrantur. Ideoque horum eſſe curatorem maritum, ſtatuit Giphan. dubitat cum Bachovio Vinnius *hic*, Schneidew. legitimum adminiſtratorem vocat. Ita hodie hæc Cura tantum in *receptitiis* locum haberet, quæ pleno jure uxor retinet, *nec in viri poteſtatem committit*, ut Gel. *l. 17.* ex Catone citat. Sed paraphernalium non eſſe curatorem maritum probo, quia jus ejus circa hæc bona ætate non diſtinguitur, ſed etſi anus ſit uxor, ea tamen adminiſtrat, idque ex mandato mulieris, quæ hoc etiam non dare & revocare poteſt, nec actiones per alium quam maritum exercere, cautionesque ab eo repetere, *l. ult. §. ante enim. C. de pact. conv. l. 8. C. eod.* quorum nihil in curatore locum habere poteſt. Moribus populorum vir eſt plerumque legitimus Curator uxoris ſuæ, Gudel. *1. de jur. nov. c. 7.* Vid. Sand. *l. 2. t. 4. def. 3.* At hanc improprie Curam eſſe, patet inde, quod in favorem mariti ſit introducta, ut Sand. *d. l.* probat, & Herbaj. *12. rer. quot. §. 1.* non in præſidium ætatis, vel infirmioris ſexus, quod natura tutelæ & curæ exigebat: nam etiam in nuptas perfectæ ætatis competit, innuptæ poſt 25. annos nulli ſubſunt Curatori, ut debebant, ſi hæc curatio ob infirmitatem ſexus reperta eſſet, ut Romæ olim tutela mulierum. Proinde poteſtas hæc virorum eſt ſimilis paternæ adminiſtrationi bonorum adventitiorum. Idem & plus Pater juris quam Curator habet, nec tamen verus eſt Curator, perinde ut maritus. Et verbum *Voogdye*, quod eſt in *tit. 2. lib. 1. Stat.* latius eſt, etiam Patribus conveniens, Grot. 1. *manuduct. cap. 4.* D. Wiſſenbach. *ad d. l. 8. C. de pact. conv.*

* Jure Saxonico creditor pupilli, qui nomen ſuum Magiſtratui denuntiavit, & nihilominus ab eo tutor conſtitutus eſt, tutelam recte ſuſcipit, & actionem quam habet, haud amittit. Arbitrio tamen judicis relinquitur, utrum excuſantem ſe hocmodo liberare, an vero dato ad litem curatore ipſum conſtituere velit. vid. *Dec. El. 31.* ibique Phil. *Obſ. 1.*

** Non tamen apud nos, ubi & ratione ſexus, *Dec. El. 24. j. LR. l. 1. art. 31. 45.* & ratione ætatis etiam, maritus uxoris ſuæ Curator eſſe poteſt, *a. LR. L. 1. art. 42.* vid. Menck. *Tract. Syn. Pand. Theor. Pract. p. 362.*

(q) *Poſ. 22. 23.* (r) *Poſ. 26. 27.*

Digitized by Google

paraphernalium bonorum vix ullum in Friſia uſum ſupereſſe tradit, quaſi ſublata diſtinctione dotalium & paraphernalium, *1. Stat. 2. art. 1.* quod res aliter docet. Nam ſi dotes in Friſia ſuperſunt, ut affirmat Sand. *lib. 2. tit. 2. def. 2.* nec omnia mulierum bona ſunt dotalia, ut omni die videmus, reliqua oportet paraphernalia *ſive præterdotalia* eſſe, quanquam cura virorum in Friſia non recipit hoc diſcrimen; & hactenus loquitur *Statutum.*

17. (s) Milites a tutelis prohibentur, quia pupillos & Rempubl. ſimul tueri nequeunt, *§. 14. h. l. 4. C. qui dar. tut.* Quæ ratio & a procurationibus eos arcet, *l. 54. de procurat.* ut ne uxorum quidem aut parentum res gerere poſſint, *l. 7. C. eod.* Sed inquilini caſtrorum excuſari dicuntur, *l. 17. §. ult.* per quos Gothofr. intelligi putat eos, qui Gallis dicuntur *Mortepaijes*, & vix unquam e præſidiis educuntur, vel quos vulgo ſpurcios a veſtibulis nuncupant: ſed hi ſunt milites tamen. Forte negotiatores fuerunt, qui fixam in hybernis ſedem habuere, ut militibus neceſſaria venderent.

18. (t) *Poſtremo* Eccleſiæ militibus, id eſt, Epiſcopis & Monachis, *l. 52. C. de epiſ. & cler.* immunitas datur, ſed mox in *Auth. Presbyteros §. 1.* ex *N. 123. c. 5.* prohibentur; Presbyteris tantum & diaconis Legitima volentibus permittitur, *pr. Auth.* a teſtamentaria & dativa æque excluduntur, ut Cujac. & Rittershuſ. ex *d. N.* recte colligunt. Noſtrates aliique hodie in Verbi Divini Miniſtris obſervant *d. l. 52.* ut excuſent eos generaliter, non ut prohibeant, Sand. *d. t. 9. def. 7.* Presbyteri, & Diaconi, inter nos τοῦ πολλοῦ δήμου, *vulgi numero* habentur, non ſolent excuſari.

19. (u) His, qui prohibentur, non competere excuſationem, & ratio & textus docent, in *§. 13. & 14. h. & l. 12. C. h. t.* ubi voluntaria tutela, quæ *privilegium*, id eſt excuſationem habet, vocatur. Hoc eſt, quod in *l. 31. h. t.* ſcribit Paulus, *antequam excuſetur, ipſo jure tutorem eſſe*, cum qui prohibentur, nec ſint, nec eſſe poſſint; ideoque ſeparatim de iis tractavimus. Sed abuſive aliquando excuſandi verbum de his ipſis uſurpatur. In *l. un. C. qui. morb.* muti, ſurdi, cœci, excuſationem habere dicuntur. In *§. 1. h. t.* Mariti *excuſantur* a cura uxorum, licet ſe immiſceant, ait Imp. ſatis indicans, non licere iis eſſe; nam excuſatio proprie dicta immixtione amittitur, *l. 17. h. t.* Sic in *l. 11. de Decur.* Calliſtratus, qui ſolet καταχρηστικώτερον uti terminis τοῦ *prohiberi & excuſari*, de decurionatu promiſcue ponit: *Excuſantur* a poſtulando, qui nunquam admittuntur, *l. 1. §. 3. de poſtul.* Ratio abuſus duplex videtur. *Prima*, ut lenitas verbi invidiam rei mitiget erga eos, qui ob cauſas non odioſas removentur, ne mariti, creditoris, aliorumve contumeliæ tribui videatur, quod a tutela excluduntur. *Altera*, quia multi vere gaudent, hiſce cauſis uti ſe poſſe, & ſæpe eas obtendunt, ut immunes habeantur, quibus prohiberi tantundem eſt atque excuſari. Hinc qui creditorem ſe pupilli profitetur, id probare debet, vel jurare, priusquam excuſetur, *N. 72. c. 3.* Idem de luſco vel ſurdaſtro, qui ſubterfugiunt onus, haud dubie tenendum. Cæterum, *omnes hæ cauſæ pertinent ad* Tutelas noviter *delatas*, quod intellige de excuſatoriis, non de prohibitoriis, ut recte animadvertit Scholiaſtes noſter *ad Poſ. 29.* *Sunt tamen etiam cauſæ, quæ & a veteribus tutelis excuſent*; tales ſunt: 1. Si quis trans mare Reip. cauſa abfuerit. 2. Qui conſiliarius Principis factus ſit, *l. 11. §. 2. de minor.* 3. Si quis domicilium juſſu principis ſcientis eſſe tutorem, mutaverit, *l. 12. §. 1. de Excuſ.* 4. Si tutor liberorum inferioris ordinis, ſenator factus ſit, *l. 15. §. 3. eod.* Item 5. ſi poſt ſuſceptam tutelam cœcus, aut ſurdus, aut mutus, aut furioſus, aut valetudinarius ſit factus, *l. 40. in pr. eod.*

20. (w) Sunt autem excuſandi prohibendique cauſæ, tutoribus omnium generum communes: Ideoque & legitimi excuſantur. Qui privilegio ſubnixus eſt, fratris *curationem* ſuſcipere non cogitur, ait Papin. in *l. 30. §. 2. h. t.* Et ne quis de tutela ſecus putet, in *l. 3. §. 8. de legit. tut.* patroni filius a legitima tutela excuſatur. Idem de Patruis, in *l. 1. C. de legit. tut. l. 9. C. Qui dar. tut.* Cujuscunque generis ſunt tutores, excuſare ſe docet Imp. in *§. 16. h. t.* nec errat Theoph. ut Cujacius putat, ipſe errans *ad d. l. 13. h. t.* cum id explicat, εἴτε τεσταμεντάριοι εἴτε λεγίτιμοι. Imo quod ſequitur, *qualitercunque dati fuerint*, indicat, ait Cujacius, Teſtamentarios & dativos intelligi, qui ſoli dantur, non legitimos; quod eſſe falſum, definitio tutelæ arguit, in qua verbum *data* ad legitimam ſolam pertinere, in confeſſo eſt. Hoccine diſſentientes volunt, ut agnatis nec liberorum nec tutelarum numerus

(s) *Poſ. 24.* (t) *Poſ. 25.* (u) *Poſ. 27. 28. 29.* (w) *Poſ. 30.*

merus

merus, nec morbus, paupertas, aut ſenectus proſit? quid iniquius? *Hereditatem capiunt*, ait Giphan. *ad d. §. 16. ac proinde onus tutelæ non poſſunt effugere*. Imo diſpar eſt ratio. Hereditas futura & incerta eſt, onus tutelæ præſens. Hereditas maxime iis congruit, qui liberis, inopia aliisque incommodis, quæ excuſant, gravantur; tutela minime. Hactenus a lucro ad onus argumentandum, ut tamen naturalis æquitas excuſata maneat. An, ſi in *l. 13. h. t.* teſtamentariis & dativis excuſatio tribuitur, ideo legitimis negatur? vel an, quod ipſo jure fiunt tutores, id excuſationem tollit, ut vult Cujac. *ad Ulp. tit. 11?* Lex ſane efficit eos tutores, concedimus, neque enim alii, quam qui jure ſunt tutores, excuſantur, imo & ipſo jure Dativi, tutores eſſe dicuntur, antequam excuſentur, *l. 31. pr. h. t.* Etiam Teſtamentarii immediate a Teſtatore ſunt tutores, tamen excuſantur. Suis heredibus, qui ſucceſſionem repudiare non poſſe dicuntur, quod ipſo jure ſint heredes, beneficium abſtinendi datur; non & tutoribus, licet ipſo jure ſiut, excuſandi? Quin reliquos heredes legitimos repudiandi jus habere conſtat, a quibus ſemper ſecundum tutores legitimos concludimus. Non potuiſſe olim legitimos abdicare tutelam, verum eſt, *d. tit. 11. Ulp. §. 17.* Sed non fuit eadem abdicationis, quæ excuſandi ratio; nam ſuſcepta abdicabatur. Cicero *l. 6. ad Att. ep. 1. Tutela me cogito abdicare*, quam ſcilicet habebat, *Ariobarzanis*. At excuſatio ſuſceptæ tutelæ dari non ſolet, nec plane eſt eadem æquitas permittendi abdicationem tutori creato, & excuſationem creando.

21. (x) Clauditur hic titulus ſanctione adverſus tutores, qui falſis de jure ſeu facto allegationibus, excuſari meruerunt; nam hi periculo tutelæ, ex quo dati ſunt, obligantur, *l. 1. & ult. C. ſi falſ. alleg.* non modo, ſi *κατὰ φάκτον ἔψευσαι ἢ δικαιολογία, ſi cauſas ſint mentiti, ἀλλὰ καὶ κατὰ τὸ νομιμὸν, ſed & ſi per juris errorem cauſæ approbatæ fuerint*, ut Græci.

Tit. XXVI.
De Suſpectis Tutoribus.

De uſu hujus remedii hodierno. Ad quam jurisdictionem pertineat. Quinam tutores accuſentur. Et quinam jus accuſandi habeant. Quid ſit eſſe ſuſpectum. Qui dolus & culpa. Quando tutor fiat infamis. Sanctiones aliquæ in favorem pupilli certis caſibus. Fidejuſſoribus datir, non evitari judicium ſuſpecti.

(a) PUpillorum ſecuritati conſentaneum eſt, ut ſuſpecti malæ fidei tutores accuſentur, convicti removeantur, plectantur. Quod Romæ ſolitum quotidie fieri, memorat Ulp. *l. 1. pr. h. t.* at non immerito Mynſingerus *ad pr. h. t.* rarius hoc tempore uſurpari queritur. Romana hæc diſciplina fuit, cum in hoc, tum in publica omni accuſatione; quam libere civibus patere, quantopere interſit Reip. optime autor, alibi peſſimus, probat *l. 1. diſp. de Rep. cap. 7.* Quod igitur Bachovium *not. ad Weſenb. n. 5. h. t.* exiguum hujus tit. uſum agnoſcentem, experientia refelli, putat D. Wiſſenb. *h. t. ff. in fin.* vereor, ne experientia ipſum refellat. Ex parte verum eſt, hodie pupillis conſuli, rationum quotanni exactione, per quam fides tutoris exploretur & forte, ſi huic rei attendatur, pene ſuperflua accuſatio videatur; nam cum poteſt tutelæ agi, *conſequens eſt, ceſſare ſuſpecti accuſationem, l. 3. §. 6. h. t.* quæ jure civili, durante tutela, eſt neceſſaria, quia tutelæ ante pubertatem agi non poteſt, nec rationes prius redduntur, *§. ult. ſupr. de Attil. Tut. l. 4. pr. de Ration. diſtr.* quod eſt ſecus in praxi, ut *ſupr.* Magiſtratus igitur, ſi rationes non liqueant, inquirere & deprehenſum removere poteſt. Fuiſſe tamen efficacius accuſandi jus, negandum non eſt. Interim quæ hic traduntur, animadverſioni, quæ ſit rationibus examinandis, ſuo modo applicari poſſunt. Imo nec ipſum accuſandi jus ſublatum videtur, quatenus hodieque Procurator generalis, nomine Reipubl. Tutores ſuſpectos ultro, vel deferentibus aliis, poſtulat, & peragit, ut non ſemel factum meminimus. *

2. (b) Hujus *tituli* methodus aperta eſt, fere qualis ab Ulpiano inſtituitur in *l. 1. §. 1. h. t.* Su-

* In Saxonia, licet tutelæ actio ſuperſit, ſuſpecti tamen tutoris poſtulatio non infrequens eſt, dum vel per implorationem vel per accuſationem fieri queat. fac. *Reſ. Grav. d. 609. gr. 5.*

(x) *Poſ. 31.* (a) *Poſ. 1. & 6.* (b) *Poſ. 1. 2.*

 ſpecti

ſpecti crimen, id eſt accuſatio, (ut in *l. 21. pr. de SC. Sil.* quæſtio & crimen, adde *l. 5. de calumn. &c.*) ex Lege XII. Tabularum deſcendit, *pr. I. de ſuſp. tut.* Nec tamen quod ex lege hoc crimen oriatur, ideo ſuſpecti cognitio eſt legitimæ jurisdictionis; nam hoc de iis eſt verum, quæ ex ſpeciali lege competunt, non ex primo univerſi juris fonte, ut eſt Lex XII. Tabb. Potius eſt ordinariæ jurisdictionis, quia mandari poteſt, *l. 1. §. 4. h. t.* junct. *l. 1. in pr. de off. ej. cui mand.* Hinc non modo Prætor, Præſes, Proconſul, ſed & Legatus Proconſulis, qui mandatam habet jurisdictionem, removere ſuſpectos poteſt; quod cur Cujacius aliique negandum putent, contra claros textus in *d. l. 1. §. 4. l. 4. pr. de off. ej. cui mand.* non eſt cauſa ſufficiens in *l. 1. §. 11. ad SC. Turp.* nam verba, *nullus alius quam Præſes*, non excludunt eum, qui Præſidis vice fungitur, eumque repræſentat, quod facit mandatarius; ſed inferiorem magiſtratum, ut municipalem, cui, licet datum ſit tutorem conſtituere, *l. 3. de tut. dat.* remotio tamen nunquam conceditur: hæc enim tribunal requirit, *d. §. 11.* quo caret duumvir. Imo & legatus Proconſ. tribunali caret, ait P. Faber ad *l. 70. n. 21. de R. J.* De eo quicquid ſit, ad legatum ex mandato Proc. *totum juris dicundi officium tranſit, d. l. 1. §. 4. h. t.* Cui *conſequens eſt, ut etiam de ſuſpectis tutoribus poſſit cognoſcere*, quod Impp. reſcribunt in *d. l. 4. pr. de off. mand.* Non tribuunt hoc legato vi reſcripti; tunc enim hæc res legitimæ jurisdictionis foret; ſed interpretantur, id ei ſponte competere.

3. (c) Utilitas pupillorum exigit, ut ſine *προσωποληψίᾳ* cujuscunque generis tutores accuſentur & prohibeantur, *§. 2. h. l. 1. §. 5. h. t.* Sed reverentia & neceſſitudo, qua pupilli quibusdam obſtringuntur, ſuggerit, infami remotione non ſemper utendum, nam ecce, Parentibus & Patronis nulla poteſt infamia intentari, *l. 5. §. 1. de obſeq. par. & patr.* His igitur aliisque propinquis ſimpliciter Prætor *gerere prohibebit*, quod a remotione differt, ſed eundem habet effectum, *§. 2. h. l. 4. §. 3. h. t.* vel ut Modeſt. vult in *l. 9. optimum factu eſt, curatorem ei potius adjungi*, quod in quovis legitimo tutore monet obſervandum eſſe. Ipſius enim pupilli intereſt, ſanguini honorem haberi, & agnatorum famæ parci.

4. (d) Quemadmodum crimina atrociora publice accuſantur, de quo *alibi*, ita exemplo eorum accuſatio ſuſpecti, a quovis promiſcue inſtitui poteſt, unde *quaſi publica* appellatur, *§. 3. h. l. 1. §. 6. h. t.* Vere publicam non eſſe, res loquitur, cum ne quidem criminalis ſit cauſa: nam Prætorem, qui removet tutores, non habuiſſe merum imperium conſtat, & tantum extra ordinem *ob facta atrociora in tutela admiſſa*, mittebantur tutores ad Præfectum urbi, qui poterat in crimina animadvertere, *l. 1. §. ult. h. t. §. 10. & 11. I. h.* juncta *l. 1. de off. Præf. V.* Publica judicia & omnes cauſæ criminales publicæ, vindictæ gratia & plerumque ad coercendum corpus tendunt, *l. 2. de publ. jud.* Sola remotio, criminalis judicii exitus eſſe nequit; ne quidem, ſi infamia accedat, quam & civilibus accedere, tralatitium eſt; præter quod omnis forma finisque publicæ accuſationis hic ceſſat, ut latius *in loco.* Proinde improprie, *crimen*, *accuſatio*, aliæque voces hic uſurpantur *κατ' ἀναλογίαν.* Eſt civile judicium: ſed ob publicam utilitatem patet omnibus, etiam mulieribus, (quæ ab accuſatione vere publica arcentur, *l. 8. de accuſ.*) maxime conjunctis, & cæteris verecundiam ſexus non egredientibus, ſed pietate productis, *d. §. 3. d. l. 1. §. 7. h. t.* * Quin ut Magiſtratus *ultro in malos homines inquirere* debet, *l. 3. & l. 13. de off. præſ.* ita ſi nemo tutorem ſuſpectum poſtulet, ipſe prætor eum, detecta perfidia, removebit, *l. 3. §. 4.* Pupillo accuſandi copia non datur, ſed puberes jam maturioris judicii, curatores ſuos peragere poſſunt ex conſilio neceſſariorum, *§. 4. h.* Ita Demoſthenes *ἐν ἡλικίᾳ γενόμενος τοῖς ἐπιτρόποις ἤρξατο δικάζεσθαι καὶ λογογραφεῖν ἐπ' αὐτούς. Pubes factus tutores accuſare cœpit, orationesque adverſus eos componere.* Plutarch. *in vit. Demoſt.*

5. (e) Suſpectus autem eſt, *qui non ex fide tutelam gerit*, habetur in *§. 5. h.* proprie, qui creditur non ex fide gerere: ſed definitio eſt pro intentione accuſantis & exitu judicii. *Ex fide* non gerit, qui non implet officium tutoris, quod in ſe recepit; proin fides hic dolo malo non opponitur, ſed officium, inquam, boni tutoris ſignificatur, *ὃς μὴ πιστότατος διοικεῖ, Qui non fideliſſime gerit*, ait Theoph. is ſuſpectus eſt. Non modo igitur qui dolo, ſed & qui *inconſideranter* agit, ſegniter, ruſtice, inerter, inepte, ſimpliciter, removeri poteſt, *l. 3. §. pen. & ult. h.* Additur *d. §. 5. licet ſolvendo ſit*, divitiæ enim aut pau-

* In Saxonia curatoris conſenſus accedere debet. v. *P. 2. C. El. 15.*

(c) *Poſ. 3.* (d) *Poſ. 4. 5.* (e) *Poſ. 7.*

per-

Digitized by Google

pertas fidem nec adfirmant nec minuunt, *de quo mox.* (f) Sed & *antequam incipiat tutelam gerere, tutor poteſt quaſi ſuſpectus removeri, d. §. 5.* quod abſonum videtur, quia nec ob delictum, quod tutelam præceſſit, accuſari poteſt, *l. 3. §. 6. h. t.* Qui ergo cum nihil geſſit? ſed omittendo etiam peccatur, ſi quis dolo, vel contumaciter gerere, aut ſatisdare noluerit, *l. 3. C. de tut. qui ſat. non ded.* quod & *l. 4. §. ult. D. h. t.* velle videtur.

6. (g) Effectus accuſationis non eſt tantum, ut removeatur tutor, ſed etiam ut infamis fiat, ſi dolum, non ſi culpam duntaxat admiſerit, *§. 6. h.* In genere & hoc loco dolus eſt, *omne malignum alterius lædendi conſilium*, ſive id aperte, ſeu ſimulando, vel diſſimulando exequaris, *§. 1. de vi bon. rapt. l. 7. ad L. Corn. de ſic. l. 3. §. 1. de injur.* Culpa eſt inconſultum peccatum *ἄνευ προαιρέσεως*, negligentia *ῥαθυμία*, Theoph. Cujus tres ſunt gradus ſeu ſpecies; Prima vocatur culpa lata, quæ eſt, *non intelligere quod omnes intelligunt, l. 213. §. ult. l. 223. de V. S.* Secunda, quæ *Levis* vocatur, eſt omiſſio diligentiæ, quam *bonus paterfamilias ſuis rebus præbere debet, l. 33. pr. de adminiſtr. tut.* Tertia eſt, *Leviſſima* culpa, qua tenetur is, qui non adhibet *exactiſſimam diligentiam*, ita ut *alius diligentior rem cuſtodire potuiſſet, l. 1. §. 4. de O. & A.* Et hic ſummus gradus per excellentiam ſæpe *diligentia* vocatur, *l. 5. §. 2. ff. Commod. l. 23. de R. J.* Culpa ſimpliciter poſita de levi intelligitur, *d. l. 5. §. 2. l. 1. §. 35. de depoſ. &c.* Magna ſeu lata culpa in civilibus cauſis, ſeu contractus ſint ſeu ſpecies contractibus affines, pro dolo habetur, *l. 226. de V. S. l. 1. §. 1. ſi menſ. falſ. mod. l. 5. §. 15. π. ut in poſſ. leg.* imo etiam ubi pœna eſt pecuniaria, *l. 1. §. 2. ſi is, qui teſt.*

SCHOLIUM.

Imo regulariter non; ob rationem a Struvio XIX. 22. dictam, niſi expreſſe lex pœnam ad culpam latam extendat, ut in d. l. 1. §. 2. *ex qua adeo non formanda eſt regula, ſed exceptio potius* ibidem *continetur. Struv.* d. l. n. 2.

RESPONSIO.

Quando nos culpam latam pro dolo haberi ſtatuimus, etiam ubi pœna eſt pecuniaria, id ad ſpecies contractibus adfines pertinere monuimus; non ad actus vitioſos delinquentium, in quibus propoſitum requiritur; verum bene ad talia delicta, quæ lata etiam culpa admitti poſſunt, ut Struvius concedit, ubi actio eſt rei perſecutoria, exerc. 19. th. 21. in fin. *Idem concedit, ut negari non poteſt, propter ipſam latam culpam infligi pœnam corporalem, ſi nempe delictum ejus generis ſit, cujus etiam lata culpa reus fieri poſſit,* th. 22. n. 1. *Ideo ſcire velim, cur id in pœna pecuniaria, etſi delictum lata culpa admiſſibile ſit, non æque locum habeat, maxime cum Ulpianus de ejusmodi generis maleficio agens, abſolute ponat hanc regulam; culpa dolo proxima dolum repræſentat. Unde nos perperam exſtruere regulam, Struvius & Scholiaſtes arguunt. Jam diximus, non formare nos inde regulam generalem, ſed materiæ habili talium delictorum convenientem; quo ſenſu non poſſunt recuſare, latam culpam pœnæ locum facere, pecuniariæ inquam, qui corporali faciunt ipſi locum, ſicut & textus docent in* l. 3. §. 1. de off. Præf. vig. l. 9. & l. 11. de Incend. ruin. naufr. l. 2. in fin. de term. mot. l. 38. §. 3. de pœn. l. 5. ad L. Cornel. de falſ. l. 12. D. & l. 4. C. de Cuſtod. reor. A. Matth. tit. de pœn. C. 4. n. 11. *Cæterum, ubi de tali delicto, quod ſola proæreſi committi poteſt, agitur, latam culpam non ſufficere ad pœnam, notum & certum eſt,* l. 7. ad L. Cornel. de ſic.

Sed & in cauſis famoſis omnino; cum & juris ignorantia, quæ plus quam culpa lata eſſe nequit, infamia puniatur, *l. 11. ult. de his, qui inf. not.* Hinc & in depoſito, in quo dolus infamia punitur, culpa lata pro dolo habetur, *d. l. 1. §. 1. in fin. l. 32. de poſſ.*

SCHOLIUM.

Et hic contrariæ ſententiæ accedo per ea, quæ Struv. d. l. *Et in* d. l. 11. §. fin. *iterum lex ſpecialiter pœnam infamiæ ad culpam extendit, vel præſumpſit, in allegante ignorantiam juris, adfuiſſe dolum, quæ præſumptiones etiam in aliis legibus occurrunt,* vid. Not. ad Strauch. v. 38. p. 54. *Quod etiam reſpondendum eſt ad* l. 32. Depoſiti. conf. Struv. d. l. th. 21.

RESPONSIO.

Supponendum heic iterum, verſari nos in ejusmodi factis, quæ lata quoque culpa committi poſſunt. Si tum pœna corporalis etiam latæ culpæ applicetur, ut modo intelleximus, quanto magis infamia? Struvius exceptionem eſſe vult in d. l. 11. §. f. *quia lex ibi puniat factum, quod improbum eſſe ſtatuit, & ignorantiam juris excuſare non admittit. Atqui hæc non eſt exceptio, ſed regula noſtra; Latam culpam a lege puniri pe-*

(f) *Poſit. 8.* (g) *Poſ. 11. 12. & ſeqq.*

cuniarie, per infamiam & corporaliter, quoties lex ejuſmodi turpe factum conſiderat, in quo nec juris ignorantia ſit excuſanda, quale etiam eſſe Tutoris ſuſpecti crimen, non poteſt dubitari, quia contractus famoſi ex cauſa doli ſunt tales. Rurſus exceptio Scholiaſtæ, quod in l. 32. Depoſiti. *cæterisque legibus præſumptio doli latæ culpæ implicita ſit, eſt illud ipſum, quo noſtra ſententia tendit, ut ex* th. ſequ. apparet. *Quod igitur in Scholio ad* poſit. 16. *nobis iterum contradicit, quaſi nunquam tutor ob latam culpam fiat infamis, non ſatis, quid aut nos, aut quid ipſe ſtatuat, vidiſſe videtur. Nos enim tunc demum Tutorem fieri credimus infamem, quando in pupilli rebus fuit negligentior quam in ſuis rebus, quia tum dolus præſumitur; aliter incolumi fama removeri. At ipſum modo tradentem audivimus, leges aliquando infamiam latæ culpæ infligere, quando adeſt præſumptio; quæ, niſi fallor, eodem recidunt, vel tendunt.*

N. ADDIT.

Cum iſta ſcriberem, nondum legeram diſſertationes illuſtris Cocceji de dolo & Culpis, qui me ſuccincte poſtea docuit, quo pacto ſententia contraria Autoris ex legibus breviter deducenda ſit. Scil. Regula generaliſſima eſt: Magna negligentia culpa eſt, magna culpa dolus eſt, l. 226. de V. S. *quæ regula non ſolum refertur in contractibus, ſed & in delictis,* l. 1. §. 2. *junct.* §. ult. ſi is qui teſt. lib. eſſe juſſus. *& aliis negotiis, quæ reſtitutione damni dolum puniunt,* l. 1. §. 1. ſi menſ. falſ. mod. *Huic ergo generalitati tam diu inſiſtendum, donec appareant exceptiones, quæ quatenus in jure referuntur, eo redeunt, quatenus nempe in delictis ſive publicis ſive privatis, reſpicitur ad pœnam malitiæ, non negligentiæ. Jam vero doceri non poteſt ſpecialis ratio exceptionis, in quæſtione præſenti de remotione ſuſpecti tutoris. Et Cicero* pro Roſcio *aperte docet, apud Romanos etiam ob negligentiam fuiſſe infamiam irrogatam.* Qui rem, inquit Cicero, geſſerit *negligentius*, eum majores ſummum *dedecus* admiſiſſe exiſtimabant, itaque mandati conſtitutum eſt judicium, non minus *turpe* quam furti. *Et mox*: Ergo idcirco *turpis* hæc *culpa* eſt, quod duas res ſanctiſſimas violat, amicitiam & fidem. *Et porro;* In minimis rebus *negligentia* in judicii infamiam revocatur. *Ergo jam quidem inter Autorem & me non amplius hic diſſenſus eſt.*

7. (h) Tutorem perinde ob latam culpam fieri infamem, plerisque placuit, idemque multis durum, nec verum videtur, propter oppoſitos terminos, *ſi quidem ob dolum, famoſus eſt, ſi ob culpam*, non æque, *§. 6. h.* fraus infamat, non *ſegnities, inertia, &c. l. 3. §. ult. h. t.* non *negligentia, l. ult. C. h.* Non erit abſurdum, adhibere his temperamentum, quod Celſus habet in *d. l. 32. de depoſ.* Si tutor in ſuis rebus mediocriter eſt diligens, tunc lata culpa in pupillaribus pro dolo habetur, ac infamia punitur; quod ſi natura homo tam ſupinæ & enormis ſocordiæ ſit, ut propriis rebus nihilo magis attendat, fraude caret, nec famoſus erit, ac ita intelligemus *l. 7. §. 1. h. t.* Hæc diſtinctio in depoſitario ſervatur, *d. l. 32.* nec poteſt in tutore improbari, cum utriusque eadem, quod ad infamiam, ſit ratio, *l. 1. de his, qui infam.* Negligentiam quæ in alienis latior quam in propriis eſt, ſi quis *malitiæ culpam* velit appellare, nihil, opinor, errabit, *arg. d. l. 32.* Porro non aliter fit infamis tutor, quam ſi decreto adjectum ſit, eum ob dolum removeri, *l. 4. §. 1. & 2. h. t.*

8. (i) Jam id in favorem pupilli placuit, ut, cum alias nemini ante ſententiam præjudicetur, tutori ſtatim ac reus eſt factus, adminiſtratio interdicatur, *§. 7. h. l. 7. C. h. t.* Et quia hoc unice agunt Leges, ut graſſandi facultas tutoribus adimatur, (k) nulla eſt cauſa, cur tutore mortuo accuſatio duret, cum & alia crimina morte reorum extinguantur, *§. 8. h. l. 2. & l. 3. C. ſi reus vel acc. mort.* quin & aliis finita modis tutela, ſuſpecti cognitio ſolvitur, *l. pen. h. t.* quia tunc per tutelæ actionem pupillo poteſt conſuli, *l. 3. §. 6. & 7. eod.* (l) In alendo pupillo ſervatur modus a Patre præſcriptus, niſi vires facultatium excedat; Tunc enim, ut ſemper alias, Prætor adeundus, qui ſic ſtatuet, ut ſemper aliquid, ſi poteſt, ex reditu ſuperſit, habita ratione perſonæ, temporis, conditionis, *l. 1. §. 1. l. 2. §. ult. l. 3. §. 1. & 3. ubi pup. educ.* Debet autem tutor ſuggerere Prætori rationes patrimonii, aliter ipſi ſumptus immodici imputantur, *d. l. 2. §. 2.* niſi ſtatum bonorum publicari non expediat, tunc enim ſuo arbitratu pupillum frugaliter alet, *l. 2. C. de alim. pup.* Quod ſi lateat tutor, nec ſiſtat ſe, ut alimenta pupillo decernantur, quia is de vento non poteſt vivere, ut Alex. ait *in fin. l. 3. d. t. C.* (ut lupus, *addit gl.*) pupillus in poſſeſſionem bonorum abſentis tutoris mittitur, quod eſt unum ex *ſtrictioribus remediis*, quibus Prætor tuto-

(h) *Poſ. 15. & ſeqq.*

(i) *Poſ. 11.*

(k) *Poſ. 17.*

(l) *Poſ. 8. in fin.*

Digitized by Google

tutores ad officium cogit. Non conſequitur autem pupillus poſſeſſionem plenam, ſed cuſtodiam, *rei ſervandæ gratia*, ut alii creditores, *l. 12. quib. ex cauſ. in poſſ.* hoc etiam addito, quod bona, quæ ſervando ſervari nequeunt, *(ut jumenta ac veſtimenta*, ait Theoph. rectius liquida & fungibilia dixeris) curatore dato, diſtrahantur, *§. 9. h. l. 7. §. 2. h. t.* haud dubie, ut pupillus tantiſper inde alatur. Tutor interim per fugam, ut *ſua ſententia*, fit ſuſpectus & removeri poteſt; ut & omnis, qui pupillo alimenta decerni non curat, *d. §. 9. in fin.* excepto caſu *d. l. 2. C. de alim. pup.* Acrius a Prætore remedium decerni nequit. Si quid enim atrocius a tutore peccetur, quam ut civilis coërcitio ſufficiat, mittitur ad præfectum urbi *puniendus*, corporaliter ſcilicet, τιμωρηθησόμενος, *Theoph.* & quidem εἰς σῶμα, in *§. ſeq.* ut fit in criminibus, *§. 10.* & Præfecti officium poſtulat, *l. 1. de off. Pr. V.* Prætori enim ultra modicam coërcitionem, animadverſio conceſſa non legitur, *arg. tit. ff. de off. prat. l. ult. §. 1. de off. ejus, cui mand. l. 1. de juriſd.* quanquam extra ordinem publicis eum judiciis præſediſſe, de quo *alibi*, conſtat. Cauſa, quæ Præfecti Urbis officium deſiderat, eſt, ſi præſens tutor falſo neget, pupilli facultates alendo ei ſufficere. *In quo mendatio ſi convincatur*, profundum id fraudis conſilium creditur, quaſi *ut prædo bonis alienis incumbere* cogitet, *l. 3. §. 15. h. t.* ubi ſimilis eorum pœna traditur, qui tutelam *corrupta fidei inquiſitionis & miniſteriis Prætoris redemerunt.* Liberti etiam non modo ob has cauſas, ſed quotieſcunque fraudulenter liberorum patroni tutelam geſſerunt, ad Præfectum mittuntur gravius caſtigandi, *§. 11. h. l. 2. h. t.* Singularis enim ingratitudo hominis inæſtimabili beneficio libertatis obſtricti, *l. 106. de R. J.* exemplum extra ordinem poſtulabat.

9. (m) Noviſſime ſciendum; ſuſpectos tutores, non modo, licet ſolvendo ſint, ut dictum, ſed & ſi fidejuſſores offerant, tamen removendos eſſe, quia ſatisdatio nec animum fraudandi, nec facultatem tollit, & pupillo præſtat, rem ſalvam retinere, *quam tabulas cautionis habere*, ait Ulpianus *l. 5. h. t.* Quid ſi enim tutor ita dolos ſuos aſtu colat, & tam occulte furetur, ut convinci nequeat? Neceſſariam alioqui ſatisdationem eſſe, pridem dictum, adeo, ut ſi quis ob paupertatem reperire fidejuſſorem nequeat, curator ei adjungendus, *l. 6. C. h. t.* vel a tutela arcendus ſit, *l. 2. C. de tut. qui ſat. non ded.* incolumi tamen fama; neque enim crimen eſt paupertas, *cujus cauſa pleriſque probitas*, ut de Abdolonymo Curtius, *l. 4. c. 1. Dat* quidem *cenſus honores*, at non mores. *Multi in re non magna fidei ſunt pleni*, πολλοί τοι πλȣτȣ̃σι κακοὶ, ἀγαθοὶ δὲ πένονται, cecinit Theognis.

Explicit. Lib. Primus.

LIB. II.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

TIT. I.

De Rerum Diviſione & acquirendo earum Dominio.

Tranſitus ad Res, & vocis ſignificatio. Diviſio rerum prima. Altera diviſio ejuſque explicatio originaria. De rebus Communibus. De Jure publicarum rerum. Riparum. Res univerſitatis. Res nullius, ubi de ſacris, an poſſint alienari. De religioſis rebus. Denique, de ſanctis. Res ſingulor. ubi de jure in Re & ad Rem, & quotuplex ſit jus in Re. Dominii definitio expoſita. Diviſiones. De modis acquirendi in genere. De occupatione; primo quæ res occupari nequeant. De occupatione ferarum. De jure venandi reſtricto. Diſcrimina beſtiarum in hac parte. De occupatione, quæ fit jure belli. Res pro derelictis habitæ. De Theſauro. De Occupatione miſſilium. De acceſſione in genere. De alluvione. De Inſula nova. Alvei mutatio. De adjunctione ſive intextura. De Specifi-

(m) *Poſ. 10.*

cifi-

ẽficatione, Commixtione & Confuſione. De ædificatione in ſolo ſuo, deque tigno juncto. Ædificatio in alieno ſolo. Plantandi & ſerendi jus in alieno. De ſcriptura & pictura in aliena materia. De perceptione fructuum, & qui fructus a poſſeſſoribus b. f. acquirantur, quatenus de illis teneantur. Quatenus uſufructuarii & coloni fructus acquirant. Traditio definita. Differentia traditionis antiquæ & novæ. Jus ſingulare in vendit. An Procurator tradendo alienet. Diviſio traditionis. De Theſauro. Diviſio rerum in corporales & incorporalibus.

(a) POſtquam de iis eſt dictum, quæ ſtatum perſonæ conſtituunt, nec locupletiores nos faciunt, tranſit Imperator ad bona & *patrimonium* noſtrum, in quo quæ continentur, *Res* dicuntur. Ait quidem JC. in *l. 1. de reb. cred. in fin.* generale eſſe *Rei* verbum, & latius patere quam pecuniam, *l. 5. pr. de V. S.* cujus uſus ad ea refertur, quæ in patrimonio ſunt, cum *Rei* verbo contineantur etiam, quæ extra rationem patrimonii habentur; attamen ſignificatio hujus vocis minime ita tranſcendit genera rerum, ut apud Philoſophos, Ens, *Res*, Aliquid. In Jure per *Res* ea deſignari exiſtimo, quæ ſunt talis naturæ, ut in bonis eſſe poſſint, per *Pecuniam* autem, quæ vere & actu in patrimonio ſunt, *d. l. 5.* quæ Græci *χρήματα* vocant, & ab Ariſtotele definiuntur *πάντα ὅσων ἡ ἀξία νομίσματι μετρεῖται, omnia, quorum valor pecunia æſtimatur, lib. 4. ad Nicom. 1.* Nam etſi Res ſacræ, religioſæ, aliæque, nec vendi neque pretio æſtimari queant, *l. 9. §. ult. de R. D.* ipſæ tamen res materialiter conſideratæ, ſunt tales, ut & æſtimationem recipere, & hominem beare & patrimonium augere poſſint; at quia religione aliisque hominum inſtitutis, quædam ſecernuntur ex uſu commerciorum, ideo *Rei* vox uſurpatur, ad omnia tam quæ in bonis, quam quæ extra ſunt; *pecunia* ad res patrimonii exprimendum. Plane quomodo Res accipiantur, indicat tractatus de rebus, ejusque partitio, quæ ad duo ſumma capita referuntur; quorum primum eſt *de Acquirendo Rerum Dominio*, & alterum *de Obligationibus:* ut tamen præmittantur Rerum diviſiones.

2. (b) Quarum Prima perhibetur, quod Res vel in noſtro patrimonio, vel extra patrimonium habeantur, *pr. I. de R. D.* In patrimonio, ſeu quod idem, in bonis eſt, Quicquid aut peti per actionem, aut retineri per exceptionem poteſt, *l. 52. de A. R. D.* Ideoque latius patent bona quam dominium; nam bonis adnumeratur etiam, ſi quid eſt in actionibus, aut bona fide a nobis poſſidetur, quicquid nos *beat*, *l. 49. de V. S.* Unde *beatos* Latini divites appellant, Seneca de Calviſio divite ſordido, *ep. 27. Nunquam vidi hominem beatum indecentius;* Et *ep. 45. Beatum appellant, ad quem pecunia magna confluxit.* Sic pater Seneca, *Inſolens malum eſt, beata uxor*, & mox, *quid aliud quam beate ſervimus? 1. contr. 6.* Quod igitur in nominibus eſt, id non tam in debitoris quam in bonis creditoris eſſe videtur; huic enim competit actio & hunc beat ditioremque facit. Hinc creditam pecuniam æs alienum dicimus, cui in *ſuis nummis* eſſe opponit Cicero *Verr. 9. apr.* in ſuo ære, *l. 213. §. 1. de V. S.* Scilicet: *Bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno ſuperſunt*, eſt in *l. 39. §. 1. de V. S.* Quod igitur quidam, etiam Giphan. *hic*, in bonis eſſe & in dominio, promiſcue accipiunt, tantum a vero abeſt, ut non modo in bonis multa ſint, quæ non ſunt in dominio, *d. l. 49.* ſed & quædam in dominio, quæ non ſunt in bonis, habeantur, ut æs alienum, cujus dominium ſatis conſtat penes debitorem eſſe, cum in bonis non ſit, ut dictum. Patrimonium tamen aliquando ſtrictius pro Dominio accipi videtur, ut in *l. 9. π. Rem. pub. ſalv. Non ſolum quæ in patrimonio habet, ſed etiam quæ in nominibus ſunt.* At hoc loco verius eſt latius ſumi; Unde Theoph. patrimonium vertit *δεσποτείαν τε καὶ περιουσίαν, dominium & ſubſtantiam.* Cum verba ut termini artis diſtinguuntur, ſtrictius ſumi ſolent, ſed populariter eandem rem dicit, qui nominat *bona* ſua, vel *pecuniam*, univerſitatem ſuam vel *omnia ſua*, vel *patrimonium*, *facultates*, familiam, vel quicquid habet, aut cenſum & fortunas ſuas, *ſubſtantiam* ſuam, imo & peculium *ὑποκοριστικῶς* patrimonium ſignificat, *l. 14. & ſeqq. ad Sc. Trebell.* quin aliquando dominium æque late uſurpatur, *l. 70. §. ult. de V. S.* de cujus proprio uſu mox amplius.

3. Extra *patrimonium* ſunt quædam, quia in commercio eſſe nequeunt, ut res *ſacræ*, *ſan-*

(a) *Poſ. 1.* (b) *Poſ. 2. 3.*

ctæ

ctæ &c. quædam ob defectum domini, ut res nondum occupatæ, *derelictæ* & res hereditatis *jacentis*, *l. 1. de R. D.* Medii generis res, quæ nec ſint in bonis neque extra bona, proprie nullæ ſunt. Nam quod ſervitutes hujus naturæ dicuntur in *l. 1. de uſufr. leg.* alium recipit ſenſum. Neque enim de ſervitute conſtituta id affirmat Paulus, quæ ſine dubio eſt in bonis, cum actionibus petatur, *§. 2. I. de Action.* ſed acute docet, eum, qui ſervitute non præexiſtente, uſumfructum ſervitutis legat, non legare uſumfructum rei, quæ in bonis eſt, cum nulla fuerit conſtituta ſervitus, neque ea tali legato ſtabilitur, quia uſusfr. id eſt ſervitus ſervitutis eſſe nequit; verum neque extra bona ſervitutem ita conſideratam eſſe ait; cum enim dominus per ſuum fundum ire poſſit, actumque & viam omni die conſtituere, ſi velit; non videtur poſſe dici, viam, actum, iter, eſſe extra ejus bona. Scil. neque in bonis eſt, quod prorſus non eſt, neque extra bona, quod ſemper in *potentia* eſt ut ſit.

4. (c) Secunda diviſio, Res ſunt *communes*, *Publicæ*, *Univerſitatis*, *Nullius aut Singulorum.* Tertia, *Res corporales ſunt, vel incorporales.* Membra prioris diviſionis ut bene intelligantur, paulo altius repetenda res eſt. In diſſipatione Gentium, diviſis terris, quæque ſocietas regionem commodam occupavit; (nam terminatam prius & ſolemnem factam eſſe partitionem terræ a liberis Noachi, merito, ut vix probabile, diſplicet Bocharto, *1. Geogr. ſacr. l. 1. c. 16.*) ſtabilito primo imperio Reipubl. ſine quo nihil recte geri poterat. Hinc omnia, quæ ſunt intra fines cujusque Reipubl. quod ad jus imperii, ſunt Principis, vel qui alius habet ſummam poteſtatem. Inde ad privata ſe contulerunt: Et de rebus quidem mobilibus, quæ jam ſingulorum factæ, laborandum non fuit. Nam a primis rerum initiis diviſionem occupationemque ab hominibus inſtitutam fuiſſe, mox videbimus. Igitur agros partiti ſunt; & quæ præterea a ſingulis ſine incommodo univerſorum teneri poterant; hæc eſt *occupatio per fundos*, ut Grotius *l. 2. c. 2. §. 4.* Unde natæ Res *ſingulorum* & dominia privata; ſupra quod tamen excellit Jus, ut diximus, Reip., quod hæc ad communem utilitatem in res actusque ſingulorum retinet; quo dominium quidem privatum non tollitur, nec premitur, ſed reſtringitur & ordinatur: Unde dominium *eminens* vocatur, de quo Plinius *Paneg. Et quid Cæſar non ſuum videat?* & diſtincte Symmachus *l. X. ep. 54.* ad Cæſares, *omnia regitis, ſed ſuum cuique ſervatis*, ait; Verum quæ res terminata comprehenſione occupari non poterant, ea vel prorſus non attigerunt, ſed in originali ſtatu reliquere, *ut primum a natura prodita ſunt*, *l. 14. de A. R. D.* unde res *communes*, ut mare & littora; vel ſi abſque periculo Reipubl. exteris concedi non poſſent, uſum quidem communicarunt, ſed proprietatem Reip. addixerunt, unde *publicæ* res, ut flumina ac portus; item montes, ſylvæ aliaque inculta & vacua locorum, quæ per univerſitatem a populo occupata cenſentur. Quia autem magnæ nationes nec loco uno, nec ſimplici ſocietate contineri queunt, ſed in plures conventus inferiores diſtribui oportet, hinc Univerſitates natæ; quas cum ſine pecuniis exercere non liceat, nec privati de ſuo lubenter conferant, opus fuit Rebus *univerſitatum.* Porro metus Numinis, qui univerſos mortalium animos inſedit, quasdam res promiſcuis uſibus ſuaſit eximendas atque conſecrandas. Unde Res *ſacræ*, *ſanctæ*, *religioſæ*, quæ communiter *Nullius* dicuntur. Hæc ratiocinatio oſtendit, diviſionem *ſecundam* in Res Communes, Publicas, Univerſitatis, Nullius aut ſingulorum, defluxiſſe ex immediato *Jure Gentium* & naturalem habere ſequelam, etſi membra hujus diviſionis poterant per διχοτομίαν ſuccinctius ordinari, ut fecit Cajus in *l. 1. de R. D.* duo ſumma tradens genera in Res, Divinas & Humanas, ac inde cæteras, ut videbimus in *tit. ff. de Rer. Diviſ.*

5. (d) Nos *Juſtiniani filum* ſequemur, definitaque partitione prima, Species ſecundæ explicemus. Igitur primo Res *Communes* ſunt, Quarum jus ex æquo ad totum genus humanum pertinet, non modo *negative*, ut alii, ſed & *poſitive*; mox enim cum ipſo genere humano hoc jus natum & fundatum eſt; ſed Res *nullius* plerumque vocantur, *§. 5. inf. h.* quia in poteſtatem ſingulorum non ſunt redactæ, vel quia non poſſunt, ut *aer & mare*; vel quia non contigerit, ut feræ, volucres, piſces, aqua profluens &c. quæ ſunt nullius, ſed poſſunt omni die proprietatem recipere; unde Paulus in *l. 51. de contrah. empt.* res communes ſive nullius eleganter dictas ait, quia *omnibus vacant*; quod reſpectu proprietatis *negative*, ut dictum, reſpectu uſus *poſitive* intelligi poteſt, ut exemplo littorum ex-

(c) *Poſ. 4.* (d) *Poſ. 5.*

plicatur in *§.5. h.t.* ubi uſus eorum dicitur publicus, cum tamen dicta ſint communia in *§. 1.* Sed vox *publici* idem illic quod commune ſignificat, ut patet ex verbis, *juris gentium, ſicut & ipſius maris;* & ex *l.14. de A.R.D.* Commune eſt littus, non ſolum uſu, ſed & poteſtate occupandi aliquam ſoli partem ædificando. Id autem dubium non eſt, quin unaquæque Respubl. jus imperii in littora terris ſuis adjacentia extendat, eoque ſenſu littora populi non male eſſe dicantur, *l.3.pr. Ne quid in loco publ.* Ideoque & Prætoris venia ad ædificandum eſt opus, ne ſibi mutuo incommodent & turbæ oriantur, *l. 50. de A.R.D.* Sed quid eſt littus? quo hybernus fluctus maximus excurrit, *§.3.h.* Aquilius apud Cic. in Top. *Eludit* habet; *Alludit* Quintil. *l.5.c.ult. Pervenit l.96. de V.S. Exæſtuat l. 112. eod.* Quod verbum ut & *eludendi*, ſatis indicat, non intelligi hoc de enormi exundatione, quales in oceano plenilunium aut tempeſtas major excitat, aliquando longe lateque in agros cultos, ſed de ordinaria, vel non inſolita.

SCHOLIUM.

Sed ex his exemplis, aeris, maris, ferarum, nulli competere hodie definitionem rerum communium, oſtendi, ut puto, ad Strauch. VI. 2. pag. 56. & ſeqq.

RESPONSIO.

Notas Scholiaſtæ ad Strauchium heic locorum habere non potui; Ideo cum nec rationes ejus examinare poſſim, remittam meum lectorem, bona cum venia ad libr. IV. Digreſſ. cap. 11. & ſeqq. *ubi copioſe de his rebus actum.*

N. ADDIT.

Nobis autem non incommodum videtur, iſtam notam ad Strauchium hic apponere, ut eo melius lector, quæ ibi dicta ſunt, poſſit conferre cum dictis ab Autore in Digreſſionibus. Ita vero tum ſenſeram: *Et aer, & aqua profluens, & mare, & per hoc littora maris, & feræ beſtiæ, hodie in dominio ſunt, eorumque uſus omnibus hominibus non eſt communis. Nam* (1) Aer, *quoad uſum quem hominibus præbet, ſemper conſiderari debet ut acceſſorium terræ, aut aquæ. Ergo ſi forte terræ quædam, aut aquæ, portio inhabitata ſit, aut nondum occupata, iſte quidem aer, qui ſupra illam terram, aut aquam, exiſtit, hactenus res communis erit, ut a quolibet una cum terra, & aqua, occupari queat; reliquus vero aer omnis, qui eſt ſupra terras, vel aquas occupatas, ejusdem conditionis eſt, cujus eſt ipſa terra & aqua, h.e. in dominio, ſive Principis, ſi aerem ſpectes, qui eſt ſuper integro territorio, de quo forte minus erit dubium, ſive etiam privati, ſi ſcilicet aeris iſtam particulam conſideres, quæ eſt ſuper fundis privatorum. Inde enim eſt, quod quilibet naturaliter ædificare poſſit in cælum usque. Inde eſt, quod in muro meo alterius aream attingente, ſine ſervitute protegendi projiciendique, non poſſim extruere mæniana & ſuggrundia.* (Ercker und Wetter-Dächer.) *Inde eſt, quod jus Sax. hanc rationem naturalem ſpectans dominium ramorum arboreorum ei attribuat, in cujus aere pendent, etſi in alterius fundo poſitæ ſint arbores, aut ibi etiam radices agunt; contra rationem Juris civilis*, §. 31. Inſt. de R.D. vid. Nor. in addit. ibid. (2) Aqua profluens, *quoad proprietatem erit utique ejusdem naturæ, cujus eſt flumen ipſum, præprimis cum eſſentia fluminis magis in aqua profluente conſiſtat, quam in alveo*, arg. §. 33. Inſt. de R. D. *Flumen autem vel publicum, vel privatum eſt, h. e. vel in dominio reipublicæ, vel in dominio privatorum, pariter ergo & aqua profluens fluminis erit vel res publica, vel ſingulorum.* (3) Mare *quod attinet, huc ſpectat illuſtris controverſia, quæ de Dominio in mare inter Grotium & Seldenum interceſſit, quorum ille* in tract. de mari libero, *mare nec occupatum eſſe, nec occupari poſſe; alter in libello* de mari clauſo *utriusque contrarium, adſtruere conati ſunt, uterque ex amore popularium ſuorum, Batavorum & Anglorum, inter quos tum temporis controverſia illa ventilabatur. Sed Seldeni opinio calculum eruditorum meruit, eamque latius illuſtravit Autor noſter* (Strauch.) in diſſ. de imp. maris. *Ergo & mare ex catalogo rerum commun. exemtum eſt, & quamvis quædam Oceani partes adhuc incognitæ ſint, ac Principes alias ejusmodi partes occupatas iterum dereliquerint, hæ tamen primis occupantibus cedent.* (4) Littora maris *ſine dubio ex natura ſua ad res pertinent publicas. Quod vero Imperator eas inter res communes referat, ideo videtur factum eſſe, quia in erronea opinione fuit, nec mare, nec per hoc littora maris, (quia ſcil. mari ſubjiciuntur, & ab eo quotidianis acceſſibus occupantur*, l. pen. ff. de R.D.) *occupari a quoquam poſſe. Nos vero meliora edocti, mare, & per hoc littora maris, in dominio eſſe ſcimus. Jam, quod* uſum aëris, aquæ profluentis, maris & littorum maris *concernit, concedo, nos uſum innoxium earum rerum aliis hominibus debere concedere, ſed non alio reſpectu atque aliarum rerum, quæ ſub dominio noſtro ſunt: determinatio autem uſus, an ſit innoxius,*

an

an non, nunquam penes eum erit, qui ipſum poſtulat, ſed penes Principem, aut privatos, qui maris, ejusque littorum, aquæ profluentis, & territoriorum, aut fundorum, quorum acceſſorium aër eſt, ſunt domini. Inde ſi Princeps exteros permittat in territorio ſuo degere, aut privatus concedat alteri in fundo ſuo commorari, aeris hauſtum quidem non poterunt probibere, utpote ſine quo nemo poteſt ſubſiſtere; nec facile, & absque peccato, aquæ hauſtum, cum hæc utilitas ſit omnino innoxia: quo refero illud vulgatum Latonæ apud Ovidium:

Quid prohibetis aquas? uſus communis aquarum eſt.

At ſi exteri tranſitum per territorium Principis poſtulent, aut alius in fundo privato ſpatiari cupiat, nec Princeps, nec privatus, cæteris paribus, obligati ſunt, ut, ſi nolint, id permittant, etſi utrobique certa promiſſio fiat, nihil niſi aerem, aut aquam, gratis haurire velle eos, qui tranſitum, aut ſpatiandi poteſtatem, poſtulant, cautioque offeratur de indemnitate in reliquis præſtanda, (*quicquid hic in contrarium proferat* Grot. l. 2. de J. B. & P. c. 2. §. 13.) *imo ne quidem obligatos eos eſſe arbitror, ut tranſitum, aut introitum poſtulantibus, rationem exprimant, cur illos nolint admittere, cum quilibet rerum ſuarum moderator ſit & arbiter, ac conſequenter de earum uſu aliis concedendo pro lubitu queat diſponere, in tantum, ut ſi poſſibile eſſet, de quo Mathematici diſputant, inveniri ejusmodi perpetuum mobile, cujus ope homines per aërem quaſi navigare valeant, tamen Princeps, aut privatus, non teneantur inviti hoc permittere, non magis atque privatus cogi poteſt, ut vicinus in ipſius aërem mœniana immittat, quanquam utrobique forte nullum damnum alteri appareat, quod per ejusmodi navigium, aut emiſſionem, ille incurrat, in cujus aere fiunt iſta. Quoad* mare & littora *ejus, noſtri Principes, uti absque peccato certis ex cauſis quibusdam navigationem per mare interdicere poterunt, ita poterunt quoque ejusmodi perſonis prohibere, ne caſas ponant in littoribus maris, aut retia ibi ſiccent, imo & contra facientes punire, modo tamen iis parcant, qui non ex proæreſi, ſed citra voluntatem, per tempeſtatem & naufragium ad littora appelluntur. Si vero navigationem per mare concedunt Principes, conſequentia quoque navigationis, quæ in utilitate innoxia ſunt poſita, utpote caſæ extructionem, retium exſiccationem conceſſiſſe videntur. Hæc ergo omnia, quæ hactenus allata ſunt, aliter forent decidenda, ſi aër, aqua profluens, mare & littora maris eſſent res communes. Tunc enim cuilibet homini permittendum foret, aërem noſtrum & aquam profluentem pro lubitu haurire, in mari pro lubitu piſcari & navigare, littoribus maris pro lubitu uti: Atque, ſi communis hic uſus denegaretur, denegantes coërceri poſſent, ſi privati ſint, per actionem competentem, ſi principes aut populi, per bellum, ut in uſurpatione juris ſui neminem impediant.* (5) *Reſtant* feræ beſtiæ, *quas hodie in dominio principis eſſe, firmiter arbitror, qui & earum venationem aliis pro lubitu hodie concedit. Non ergo quisquam, cui id a Principe non permiſſum, uſum venationis, tanquam rei communis, prætendere poterit.*

(e) *Poſ. 6. 7.*

6. (e) *Publicæ* res dicuntur, quæ ſunt in patrimonio populi Rom. uſu autem omnium hominum, *§. Flumina. & §. Riparum. h. l. 14. de d. R. D.*

SCHOLIUM.

Imo potius eorum, qui ſunt de illo populo libero, vid. not. ad Strauch. VI. 3. p. 60.

RESPONSIO.

Populus, vel ſumma poteſtas cujusque populi, ſemper eſt arbiter & moderator Publicarum rerum: ſed uſus innoxii fluminum, portuum atque riparum, non modo civibus, ſed etiam exteris patent, juxta illud Latonæ ad inhumanos agricolas ſatis notum:

Quid prohibetis aquas? uſus communis aquarum eſt.

Idemque Juſtinianus in d. §. Riparum. *docet. Aliquos tamen uſus majori cum libertate civibus concedi poſſe, non negem. Sed vide hac de re* part. 2. Digreſſ. libr. 2. cap. 1. *ubi prolixe egimus de novella opinione, quæ nullum vult eſſe diſcrimen inter res communes & publicas, jure civili.*

N. ADDIT.

Sed uſus innoxii fluminum non ſunt uſus primarii, & quoad uſus innoxios etiam valet diſpoſitio populi. Inde facile excipi poteſt adverſus ea, quæ hic reſpondet Autor, ſi modo apponatur nota ad Strauchium, citata in Scholio. Dixeram: *Quoad definitionem rerum publicarum, duæ interpretum ſunt opiniones; Et quoad* proprietatem *quidem in eo conveniunt, quod res publicæ ſint in patrimonio populi. Quod vero* uſum *concernit, alii rerum publicarum uſum etiam omnibus hominibus putant eſſe communem, ut Autor hic: Alii tantum communem eſſe arbi-*

trantur omnibus,qui ſunt de illo populo. Quoad mentem Juſtiniani,utraque opinio textibus quibusdam juris nititur. Et auctoris ſententiæ quidem maxime favere videtur §. 4. Inſt. de R. D. *verbis:* uſus publicus eſt, *junct.* §. 5. Inſt. eod. *verbis:* uſus publ. *Quoad rei veritatem vero ſententia Auctoris non ſubſiſtit. Nam jamdudum oſtenderunt eruditi, principem non eſſe obligatum, ut cuilibet peregrino permittat in fluminibus, portis, ripis, viis publicis (quæ ſunt exempla publicarum rerum) navigare, piſcari, iter facere, (in quibus conſiſtit uſus harum rerum præcipuus) quamvis hic iterum diſſentiat Grot.* l. 2. c. 2. §. 13. *Imo ne omnibus quidem de populo ita communis eſt uſus harum rerum, ut a Principe, aut Magiſtratu, non poſſint quidam ab iſto uſu arceri, præprimis, ſi piſcaturam aſpiciamus. Hodie enim, quamvis videamus quotidie apud nos permitti arundine in flumine publico piſcari, aliis tamen inſtrumentis, v. g. retibus piſcari, cuilibet non licebit. Et hactenus recte ſcribit Schultz.* in Synopſ. ad tit. de R. D. lit. b. *jus piſcandi multis ſeculis in totum exoleviſſe, cum piſcationem fluminis publici, aut Magiſtratus loci, per quem flumen decurrit, aut accolæ fluminis publici, ſibi vindicent.*

Porro Respubl. dominium duplex habet; unum eminens, alterum proprietatis. Illud in omnes civium res, hoc in iis, quæ a nullo privato tenentur, ſed ad Rempub. immediate pertinent. Atque hæ res duorum generum eſſe videntur; quarundam proprietas ad Rempubl. ſed uſus ad omnes ac ſingulos ſpectat, ut ſunt *flumina* & *portus*, *§. 2. h. t.* Aliarum uſus etiam pro Republ. comparatus eſt, ut nihil inde lucri ad ſingulos pertingat, niſi quatenus membra Imp. ſunt. Tale eſt *Ærarium*, *Fiſcus*, Fundi, omniaque bona, quæ dicuntur *Reipubl. arg. l. 16. d. V. S. l. 2. §. 4. & 5. Ne quid in loco publ. l. 3. §. pen. de jur. fiſc.* Sed de priori genere *hic* tantum agitur, nec plura numerantur publica, quam portus & flumina; *pene omnia* habet *l. 4. §. 1. de R. D.* torrentes enim χείμαῤῥοι, hyemales fluvii, qui æſtate areſcunt, agris cedunt, *l. 1. §. 2. & ſeqq. de flumin.* Perennes ſunt publici, quibus eſt τὸ ὕδωρ τὸ ἀέναον, *aqua perennis*, ut Theoph. ita aquam profluentem vocat, quæ communis eſt & a flumine differt; unda nempe, quam flumen volvit; Florus *amnem* dicere audet, *l. 1. c. 1. Tiberinus amnem repreſſit*, Tiberinus enim eſt ipſum flumen, *d. l. 1. c. 4.* In portu fluminibusque jus piſcandi commune eſt, ait Imp. *in §. 2. h. t.* Receptum tamen videtur, ut ſi quis in diverticulo fluminis, ſolus longo tempore piſcatus ſit, hic alios in eodem diverticulo prohibere poſſit, *l. 7. de diverſ. & temp. præſcr.* quanquam alioqui præſcriptio in locis juris Gentium ceſſat, ita nempe, ut tempore impleto, irrevocabile eorum jus acquiratur, aliarum inſtar rerum; Quam primum enim deſierit piſcari, publicum piſcandi jus reviviſcit, & hoc ſenſu capiendam eſſe *l. 45. de uſucap.* exemplum ædificii in littore oſtendit, nam diruta domo, ſolum antea privatum denuo fit commune, *d. princ.* ſed absque hac quaſi poſſeſſione, nemo alium prohibere poteſt in mari, vel flumine piſcari, ne quidem ante fores ſuas citra injuriam, *l. 13. §. ult. de injur.* Moribus hodiernis, piſcandi jus in mari oceano commune, ut mox *latius*; in ſinu maris, eſt publicum, competens omnibus ex populo, cujus eſt ille ſinus. In fluminibus magis eſt reſtrictum; hamo piſces ducere cuivis licet, non aliis inſtrumentis, Grot. 2. *manud.* 4. Apud nos tamen laxior hujus rei facultas relicta eſt, & in fluminibus lacubusque publicis promiſcua eſt piſcatio, modo ſpecies non deſtruantur, cui rei leges dictæ, *l. 4. Statut. Friſ. tit. 7.* Niſi conſenſu quoque accolarum certis perſonis aut prædiis piſcandi jus tributum ſit, quæ viciſſim aliud onus, reficiendi pontes aut ſimile quid, receperint, ut frequenter apud nos fit.

7. (f) Non ut littora jus maris ſequuntur, ita ripæ ejusdem ſunt juris cum fluminibus. Etſi enim *uſu* ſint publicæ, ut exponitur *§. 4. h.* & capienda eſt *l. 3. de flumin. proprietas* tamen eſt privatorum, qui proxima habent prædia, quatenus ripis contigua ſunt, *d. §. 4. h. l. 5. de R. D. l. 30. §. 1. de A. R. D.* Ripa autem non pro extrema alvei *crepidine*; nam hæc pars fluminis & dominii publici eſt; ſed pro parte adjacentis terræ accipienda, ut ex *§. 4. h. & d. l. 5. h. t.* colligitur, cum arbores in ea naſci, onera inibi deponi dicantur. Proinde quod habetur in *l. 1. §. 5. de flumin.* ripam eſſe *id, quod flumen naturalem curſus ſui rigorem tenens continet*, laxius accipiendum cum Paulo in *l. 3. inf. eod.* qui ripam *cedere* ait, *ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam.* Fruſtra igitur Hotom. *ad hunc §. 4.* ripam ejusdem plane juris cum flumine & alveo, tanquam alvei partem, eſſe vult.

8. (g) Res univerſitatis ut intelligamus quid ſint, definienda univerſitas. Weſenb. *tit. D.*

(f) *Poſ. 8. 9.* (g) *Poſ. 10.*

Quod

Quod cujusque univerſ. §. 2. eſt, ait, *Hominum in civili ſocietate viventium communitas;* ſed quia hæc verba liberam quoque Rempubl. comprehendunt, ideo addit, *qualis eſt in oppidis & pagis.* Sed quorſum tunc collegia & ἑταιρίαι, quæ *ſocietates* dicuntur in *l. 1. d. t.* ac etiam univerſitates ſunt, ut ex *eod. tit. & l. 10. §. 4. de in jus voc.* liquet? Facilius ſpecies inveniuntur univerſitatum, quam definitio. Videtur negative definienda univerſitas, Civilis hominum ſocietas, quæ nec familia, nec libera ſit Respubl. ut collegia Artificum, Studioſorumque Academiæ, vici, pagi, Jurisdictiones, civitates ſeu municipia; quæ ſæpe quidem Respubl. vocantur, *d. l. 10. §. 4. & paſſim,* at ſubordinate & analogice; nam proprie Respubl. dicitur, quæ libera & nulli ſubjecta eſt. Ita & bona univerſitatum publica dicuntur in *l. 17. de V. S.* publica municipii, *l. 38. de negot. geſt.* ſed abuſive, *l. 15. de V. S.* Nam pari jure cum privatis utuntur, *l. 16. inf. eod. & l. 81. de furt.* Univerſitatis igitur res ſunt non tantum theatra, ſtadia, *§. 6.* ſed & alia quævis bona, ad corpora, quæ diximus, pertinentia. Quæ ſunt univerſitatis, ſingulorum non ſunt, *§. 6. h. l. 6. §. 1. de R. D.* unde a Cajo *Nullius* dicuntur in *l. 1. eod.* Quod autem Ulpianus inter res ſingulorum Univerſitatem refert, *l. 1. de interdict.* id de univerſitate non hominum, ſed rerum, ut eſt hereditas, accipit. Verum Res municipii non ſunt ſingulorum civium; Effectum id in ſervo & liberto præbet, *l. 1. §. 7. de quæſt. l. 10. §. 4. de in jus voc.* Item *l. 7. §. 1. Quod cuj. univerſ. Quod univerſitati debetur, ſingulis debetur, nec quod debet univerſitas, ſinguli debent.* Senec. *6. de beneſ. 20. Si quis Patriæ meæ pecuniam credat, non dicam me illius debitorem, nec hoc æs alienum profitebor, aut Candidatus aut reus,* (de ſenſu ultimorum verborum vid. Lipſ. *ibid.*) Proinde in lite univerſitatis non prohibentur eſſe teſtes, qui membra ejus ſunt, quaſi in propria cauſa, contra *l. 20. de teſt.* modo ſingulorum pecuniarie non interſit. Mornac. *ad l. 6. de R. D. & l. 2. C. de teſt.* Quod in cauſa crediti debitique futurum eſt, ſi, ut Seneca tradit, cives ſinguli ad *exſolvendum æs* alienum Reip. *portionem ſuam dabunt; non tanquam pro patria conferentes,* ut dixerat *in fin. cap. 19.* quæ non eſt hujus loci quæſtio. Adde quæ dixi ad *tit. ff. Quod cuj. univerſ. nom.*

9. (h) Res *Nullius* dicuntur aut *negative*, ut ſic loquar, aut *privative.* Iſto modo, quæ necdum habent dominum, at ſemper habere poſſunt, ut de communibus dictum; Privative, res, quæ non poſſunt eſſe alicujus, ut res ſacræ, religioſæ & ſanctæ, quæ ſunt omnes divini juris, *§. 7. h.* hominumque exemptæ commercio.

SCHOLIUM.

An omnium, an ſaltem privatorum? Si illud, mox oſtendetur contrarium. Si hoc, non juſta eſt oppoſitio; Nam inter res communes mare v. g. *a privatis non poteſt occupari.*

RESPONSIO.

Oppoſitioni firmandæ dicam, res ſacras utique omnium commercio eſſe exemptas, jure civili; tametſi Respublica, ut erat Romæ, forte conſecrationes retractare potuerit; apud Judæos non poterant; verum ſufficiat heic dixiſſe, res ſacras, religioſas, & ſanctas, privatorum commercio eſſe exemptas, nec inde laborat oppoſitio rerum nullius in utroque ſenſu; quod ſcil. res nullius negative *a quolibet acquiri poſſint. Atqui mare, ait Scholiaſtes, eſt e rebus nullius negativo ſenſu, & tamen a privatis occupari non poteſt. Quaſi exceptio regulam everteret; Opponimus Res Nullius diverſo ſenſu inter ſe, pleraſque, ita ut res* Negative *Nullius, ab omnibus occupari poſſint, quia nempe ſunt occupationis capaces, cujusmodi mare non eſſe, diximus antea.*

N. ADDIT.

Sed hic modus regulam tuendi, eam facit ridiculam. Regula eſt; Quicquid nullius eſt, cedit occupanti. Explicatio regulæ: intelligitur de rebus communibus, ſed nullius negative. Opponitur; Atqui mare eſt res communis & tamen non cedit occupanti: Reſpondet Autor; Regula valet, ſi res ſit occupationis capax: Ergo ſenſus regulæ hic erit: Quicquid eſt res nullius, cedit occupanti, ſi nempe cedit occupanti. Quis tales regulas juventuti inculcaret?

SCHOLIUM.

Has omnes (intelligit res ſacras, ſanctas, religioſas) *eſſe in dominio Reip. oſtendi in notis ad Strauch.* VI. 5. pag. 61. ſeqq. *Et quamvis profanari non debeant res ſacræ, tamen a negatione uſus omnimodi, ad negationem dominii non valet conſequentia.*

RESPONSIO.

De dominio Reipubl. in res ſacras & ſanctas nolim heic litigare; quia ſufficit, quod diximus, has res commercio exemptas dici, reſpectu privatorum; ſanctas res hodie a publicis non differre,

(h) *Poſ. 12. 13. & ſeqq.*

Digitized by Google

in poſitionibus *ipſe collocavi, & dicetur infra diſertius. Sepulchra nec jure civili, nec hodierno, publica dici poſſunt, quia ad privatos ſpectant, olim uſu, hodie quoque proprietate, ſuntque in commercio omni die.*

N. ADDIT.

Et ſi vero ſic facile conveniat cum Autore, manet tamen lis cum jure Juſtinianeo, quod res divini juris ſint extra commercium omnium hominum. Igitur cum Autor tum non habuerit ad manus locum allegatum in Scholio, melioris declarationis ergo huc apponamus. Dixeram: *Res divini juris in commercio reipublicæ eſſe, nullum eſt dubium, quia videmus alienatis rebus profanis, &* v. g. *integris municipiis, ſimul alienari templa, ſepulchra & muros. Adeoque conveniunt cum rebus publicis, quoad proprietatem, uti & res eccleſiaſticæ, quæ quomodo a rebus ſacris differant*, vid. *Struv.* exerc. 31. th. 71. *Forte ita dici poſſet: Res publicæ ſunt vel profanæ, quarum uſus ſpectat ad ſingulos de populo, ut flumina, &c. vel non profanæ, quæ iterum, vel ſacræ, quarum uſus ſpectat ad cultum divinum, vel eccleſiaſticæ, quarum uſus ſpectat ad miniſtros Eccleſiæ, &c. vel religioſæ, quarum uſus eſt in ſepeliendis mortuis, vel ſanctæ, quarum uſus ſpectat etiam ad ſingulos, ita tamen, ut iis non debeant abuti. Ita ſecundum hypotheſin, quod religioſæ & ſanctæ res ſint juris divini, moribus Chriſtianorum res ſanctæ potius inter profanas referendæ forent.*

SCHOLIUM.

Ad verba, quod res nullius dominum ſemper habere poſſunt. *Ergo & mare, inquit, redigi poterit in dominium, quod tamen in Digreſſionibus negat.*

RESPONSIO.

Innocua captio; Dixi, res nullius, etſi non ſint in dominio, ſemper tamen in dominium redigi poſſe. Mare tamen, ut erat res, excepimus, quia non eſt res dominii & occupationis capax, ut in Digreſſionib. lib. 4. a cap. 11. *demonſtravimus.*

N. ADDIT.

Sed ex modo dictis jam patet, reſponſionem hanc non tollere vim objectionis, ſed regulam, quod res negative nullius cedat occupanti, per iſtam exceptionem de mari ridiculam.

Res porro Sacræ dicuntur, quæ rite per Pontificem Deo ſunt conſecratæ, *§. 8. h.* a *Principe*, additur *l. 9. §. 1. de R. D.* Quia poſt mortem *M. Lepidi* Triumviri & Pontificis Max. Auguſtus & poſteri Cæſares Pontificatum cum Principatu junxerunt, Sueton. *in Octav. cap. 40.* Unde apud Tacit. 3. *Ann. c. 58. Nunc Deum munere ſummum Pontificum etiam ſummum hominum eſſe.* Ratione igitur cauſæ efficientis omnia ſacra publica, privata nulla, *d. §. 1. l. 9. h. t.* ſed hæc profana cenſentur. Unde Cicero quod ſibi fanum privatim dicabat, *quaſi conſecratum* appellat, 12. *ad Att. 19. & 35.* Quædam tamen ſacra dicuntur privata, ratione finis & uſus, ut ſunt ædes deorum in fundis privatorum, quibus familiæ certæ ad ſua gentilia ſacra utebantur, *l. 9. §. 1. ad L. Jul. pec.* quæ pariter cum fundis vendi poterant, *l. 24. de contrah. empt.* ita & domeſtica erant ſacra Larium & penatium, de quibus in *l. 1. de rit. nupt.* Unde in XII. Tab. *Sacra privata perpetuo manento.* adde Feſt. *in voce*, ſacra Macrob. 1. *Saturn. 16.* Cic. *de haruſp. reſp.* Sunt autem res ſacræ aut vere tales, quæ proprie conſecrantur & inſtrumenta ſunt cultus divini, vel *quaſi* ſacræ, non eo ſenſu, quo dixit Cicero, ſed quæ adjuvant & ſuſtentant potius divinum cultum, quam immediate ei inſerviunt. Prioris generis ſunt templa, altaria, donaria, vaſa ſacrorum; Poſterioris, prædia & bona Eccleſiaſtica. Sed vere ſacra, præter verbum *Dei* & ſacramenta, in profeſſione *Novi Teſt.* nulla dantur, quia conſecratio procul dubio eſt inter cærimonias, quæ a Servatore noſtro omnes cruci ſunt affixæ, *Col. 2. v. 14.*

SCHOLIUM.

Imo habent conſecrationes, a quovis miniſtro verbi divini, juſſu Principis, exercendas, Struv. III. *70. Strauch.* VI. 5.

RESPONSIO.

Videtur eſſe εὐδιάβλητον *quod diximus, non eſſe conſecrationes, neque res ſacras amplius in Novo Teſtamento; ſed mirum non videbitur iis, quibus ſimplicitas bene cognita eſt Evangelii, quo carnalis & palpabilis cultus rerum pereuntium vel corporalium nullus eſt, ſed tantum in ſpiritu & mente pura. Quæ hodie fiunt inaugurationes templorum, ſcholarum, rerumque eodem pertinentium, ſunt inſtituta pia externa, ſed rebus nihil characteris religioſi imprimunt, quin eadem in alios uſus, ubi res tulerit, converti poſſent. Adeoque nihil ſunt aliud res iſtæ, quam piis uſibus deſtinatæ, vel ſi malis, ſunt quaſi ſacræ.*

N. ADDIT.

Cum in eo ſentiam cum Autore, moribus Chriſtianis, certe in territoriis Principum Evan-

gelico-

Digitized by Google

gelicorum res divini juris pertinere ad rem publicam, facile & in eo conſentire poſſim, quod apud nos templa ſint quaſi ſacra, propter illam quaſi conſecrationem.

Proinde res Eccleſiaſticæ, ſeu proxime ſeu mediate cultui divino ſerviant, ſunt omnes *quaſi ſacra*, Res piis uſibus deſtinatæ.

SCHOLIUM.

Cum rebus ſacris non confundendæ ſunt res Eccleſiaſticæ. Templa, vaſa ſacrorum, ſunt res ſacræ; Fundi reditusque Eccleſiaſtici, ſunt res Eccleſiaſticæ, *Struv.* III. 71. *quaſi ſacras vocat Autor, & huc etiam referendæ ſunt eleemoſynæ, niſi has plane pro tertio genere velis habere, uti ſimiliter de Campanis notat Strauch. d. l.*

RESPONSIO.

Si verum eſt, quod veriſſimum eſſe norunt Evangelici, non dari amplius bona religioſa charactere conſecrationis affecta, nec adeo res vere ſacras, ſequitur, omnia ſacris uſibus deſtinata eſſe Eccleſiaſtica; non repugno tamen, quo minus ſicut heic a nobis factum, ea, quæ cultui Dei proxime inſerviunt, quaſi ſacra, ut templa & vaſa ſacra; quæ mediate ſerviunt, ut prædia, dicantur Eccleſiaſtica. Eleemoſynæ vero domusque miſerabiles ſint res piis uſibus deſtinatæ. Bona templorum etiam ab omnibus illis diſtinguuntur e tit. Cod. de locat. præd. Civil. vel fiſcalium ſive templorum.

N. ADDIT.

Et hic non diſſentio. Scholium magis pertinet ad ſenſum Juris Juſtinianei & Canonici ſeu Pontificii. Et apud Proteſtantes tamen aliqua diſtinctio manet, quod nempe ad res quaſi ſacras prioris generis, requiratur quaſi conſecratio ſeu inauguratio quædam ſolennis, non ita ad res eccleſiaſticas.

Cæterum prohibita alienatio, tam in quaſi quam vere ſacris habet locum, *d. §. 8. Nov. 120. c. 1.* exceptis quibusdam cauſis, ut ob redimendos captivos, *d. §. 8.* alendos in fame pauperes, *l. 21. C. de SS. Eccl.* & ſolvendum æs alienum Eccleſiæ, cui aliter pareri nequeat, Auth. *præterea. eod.* Idem juris eſt in bonis domuum miſerabilium, ut ſunt orphanotrophia, noſocomia &c. *d. N. 120. c. 1.* Strictius tamen prohibetur alienatio vere quam quaſi ſacrorum; Illa enim nec oppignorari poſſunt, *d. §. 8. & l. 21.* Hæc autem pignore & in emphyteuſin recte dantur, *d. N. c. 3. 4. 5. 6.* quæ cauſæ alias ſub prohibita alienatione continentur, *l. ult. C. de reb. al. non. alien.* Cum Imperatore etiam permutari, *N. 119. c. pen.* item cum aliis Eccleſiis, *d. N. 120. c. 7. pr.* quin & vendi poſſunt ob evidentem utilitatem, * velut, ſi quod prædium tributis ſupra modum ſit gravatum, ut ad Eccleſiam *οὐδεμία πρόσοδος, nullus* prope *reditus* perveniat, *d. N. c. 7.* Eninvero etiam prohiberi poteſt, ne Eccleſiis res immobiles acquirere liceat, quod ob graves cauſas a multis Principibus factum. Ita *Niceph. Phocas* apud Zonar. *tom. 3.* edixit, *ἐν ἀκινήτοις τὰς ἐκκλησίας μὴ πλατύνεσθαι, Rebus ſoli Eccleſias non augeri.* Prohibitæ alienationi convenit, non poſſe res ſacras in uſus profanos converti. Neque enim alia prohibitæ alienationis eſt cauſa, ut ex citatis liquet textibus. Conſecrationis character perpetuus & indelebilis eſt, *d. §. in fin. §. b. t.* Etiam cauſa, per quam res ad pios uſus deſtinantur, perpetuum habet effectum, Domini voluntas rem Deo & Eccleſiæ addicentis. Quod in homines transfertur, nullo tempore iis aufertur, nec a principe jus ſuum cuiquam adimi poteſt, ut alibi dictum: Proinde nec Deo, neque Eccleſiæ. Sed quod Pagani ſuis diis conſecrarunt, cum ſit Diaboli proprium, ut Apoſtolus teſtatur, merito in Fiſcum redigitur, vel iis cedit, quibus Princeps conceſſit, ſeu privatis, ſive Eccleſiæ, *l. 5. C. de Pagan.* Diverſa haud dubie ratio eſt eorum, quæ a Chriſtianis, licet hæreticis, ſuperſtitionis opinione cultui divino dedicata ſunt, modo fundamenta Chriſtianæ veritatis non prorſus inter eos extincta ſint, & aliquam etſi corruptam, habeant Eccleſiam: Verum enim eſt, eas res tunc cultui divino eſſe addictas, cui ſubduci nequeant ob ſuperſtitioſam forte cauſam donationi, vel legato adjectam; conſtat enim, rationem legandi legato non cohærere, adeoque nec falſam neque pravam cauſam vitiare legatum, *l. 72. §. 6. de condit. & demonſtr.* Recte etiam ad hanc rem citatur *argumentum l. 16. de uſufr. leg.*

10. (i) *Religioſa* loca dicuntur, in quæ mortui illati ſunt ab iis, qui jus inferendi mortuum habent, *§. 9. b. t.* Sabinus apud Gellium *l. 4. c. 9.* Religioſum ait eſſe, *quod propter ſanctitatem aliquam remotum ac ſepoſitum a nobis eſt: verbum a relinquendo dictum, tanquam cærimonia a carendo.* Alio ſenſu *religioſum* dici Gellius ſcri-

* Ita ut apud nos Decretum Conſiſtorii cauſam alienationis adprobet. v. *Art. Gem. 28. 5. c. 1. d. reb. eccleſ. non al. 6.*

(i) *Poſ. 10. & ſeqq.*

Digitized by Google

ſcribit, quod ob triſte omen homines *relinquunt*. Utroque ſenſu ſepulchra poſſunt religioſa vocari: Nam & reverenter veteres habebant ſepulchra, etiam pro templis, ubi ſacra fierent, ut docet Lil. Gyrald. de *diis gentil. ſyntagm. 17.* ac etiam in horrore quodam erant, ut quævis mortualia, quibus contaminari vivos credebant. Hinc Tiberii in Germanicum reprehenſio, cum cæſos clade Variana ſepeliiſſet: *Imperatorem auguratu & vetuſtiſſimis cærimoniis præditum, attrectare feralia non debuiſſe*, Tac. *1. ann. c. 62.* hinc & Lex XII. T. *Hominem mortuum in urbe ne ſepelito, neve urito*; quanquam & aliam rationem Cicero 2. *de LL.* reddit. Athenis ſimile jus fuit, & quidem religionis cauſa: Scribit enim Sulpicius ad Ciceronem: *Ab Atheniensibus, locum ſepulturæ intra urbem ut darent*, (pro M. Marcello interfecto) *impetrare non potui, quod religione impediri ſe dicerent, neque tamen id antea cuiquam conceſſerant, lib. 4. ad Fam. ep. 12.* Poſtea ab Hadriano generaliter eſt vetitum ſub pœna 40. aureorum, *ne quis in civitate ſepeliret, l. 3. §. 5. de ſepulcr. viol.* ne ſanctum municipiorum jus polluatur, *l. 22. de Relig.* quod mutavit Leo *Nov. 53.* Porro Sacra diximus omnia, quod ad cauſam, publica eſſe, fine & uſu quædam privata; in Religioſis contra eſt; nam hæc cauſa efficiente privata, ſunt ex cujusque voluntate, *§. 9. h.* quædam jure & uſu publica. Tenuiores, qui hortos & agros non haberent, in ſuburbanis viis aliisque publicis locis ſepeliebantur, ut Aggenus Urbicus tradit. Et Judæi mercedem ſanguinis a Juda rurſum obtruſam, impenderunt agro publico emendo, εἰς ταφὴν τοῖς ξένοις, *ad ſepulturam peregrinorum, Matth. 27. v. 7.* Illato cadavere, locus fit religioſus, ſeu toto, ſeu principali parte, quæ non eſt cor, ſed caput, *cujus imago eſt, unde cognoſcimur, l. 44. de relig.* Debet autem inferri cadaver hoc animo, ut *quaſi æternam ſedem* habeat, ait Paulus *in l. 4. eod.* ſedes pro ſepulchro etiam ponitur, *l. 2. C. de SS. Eccl. & ult. C. Theod. de ſep. viol.* ubi, *ſedes Apoſtolorum*, quod explicat Conſtantinus in *l. 4. C. eod.* *Qui ſepulchra*, inquit, *violant, domos, ut ita dixerim, defunctorum.* Palinurus apud Virgil. *Æn. 6. Sedibus ut ſaltem placidis in morte quieſcam.* Porro, non ut æde diruta, locus manet ſacer, *§. 8. in fin. h.* ita ſepulchrum cadavere ſublato, religioſum eſt, ſed purum habetur, *d. l. 44. §. 1.* Transferre tamen cadaver, non niſi venia a Pontifice impetrata, licet, *d. l. 1. & l. 33. eod.*

(k) *Poſ. 23. & 24.*

etſi illatum ab eo ſit, qui jure non poterat, *l. 8. eod.* Habet autem hoc jus, qui pleno loci dominio potitur, vel cui is hoc conceſſerat, ſive ab initio, ſeu per ratihabitionem, *d. §. 9. in fin.* non, qui proprietatem ſolum, vel uſumfr. habet. Non ſocius invito ſocio, niſi locus jam ante ſepulchrum ſit, aut ei deſtinatus, vel denique ſociorum aliquis ſit mortuus, quem etiam in locum purum, invito ſocio, inferre licet, *d. §. 9.* juncta *l. 41. de relig.* Ex his liquet, κενοτάφιον, tumulum inanem, ut a Virgilio vocatur Hectoreum monumentum ab Andromache ſtructum, 3. *Æneid.* ſepulchrum *honorarium*, ut Sueton. in *Claud. c. 1.* quod cadaveris vacuum, ſed in mortui honorem paratum eſt, non eſſe locum religioſum, ut a Marco Philoſopho & L. Vero, minuendæ ſuperſtitionis cauſa, decretum eſt, *l. 6. §. ult. de Relig.* Nam ab antiquis religioſum id habitum eſſe, dubium non eſt, uti recte Marcianus ex Virgilio probabat, *de lib. 3. Æn.* ubi Andromache ad cenotaphium mariti *ſacraverat aras, libabat cineri, maneſque vocabat.* Hæc Marciani ſententia refertur, in *l. 6. §. ult. de R. D.* *Sed Divi fratres contra reſcripſerunt*, ſubjicitur immediate a Triboniano, verbis Ulpiani in *l. 7.* prorſus ut in *d. l. 6. §. ult. de Relig.* quod reſcriptum Marcianus ignoraſſe videtur; cum vixerit poſt Fratres divos, ſub Alexandro Mammeæ, ut Lampridius ſcribit. Inter hos textus de religione cenotaphii antinomiam eſſe, vult A. Matth. *diſp. Inſt. 9. th. 13. & ſeqq.* profecto ſine ulla neceſſitate. Nam etſi Marcianus diſſenſerit, Juſtinianus auctor Pandectarum mox eum refutat. Uno ſpiritu legenda ſunt ultima *d. l. 6. de R. D.* & verba *l. 7.* Nam totus Pandectarum contextus eſt continuus & Juſtiniani proprius; Nomina JCtorum tantum præfixa ſunt, ut auctoribus debita laus maneret, *l. 2. §. 19. C. de V. J. E.* Si referam ego ſententiam alterius & mox eum refellam, numquid tum ob relationem alienæ opinionis a me ipſo diſſentire dicar? Fatendum, multos abuti diſtinctione inter narrationem & diſpoſitionem legum, ad tollendas contrarietates; ſed ideo non debet nunquam uſurpari. dix. *lib. 5. Digreſſ. c. 4.*

11. (k) Ab religioſis & ſacris differunt *Sanctæ*, (etymologiam vid. in *l. 8. §. 1. de R. D.*) quæ ſanctione, id eſt, pœnali conſtitutione adverſus violatores ſunt munitæ: Nam ſanctio dicebatur pœnalis clauſula legis, *§. 10. h.* ubi exempla ſanctarum rerum, *Muri* & *Portæ* civitatis, *l. 8. & l.*

9. §. 2.

9. §. 2. de R. D. Imo Romani ἅπαν τὸ τεῖχος ἱερὸν πλὴν τῶν πυλῶν νομίζουσι, *omnem murum putant ſacrum, præter portas*, ait Plutarchus *in Rom.* Vinnius *ad §. 9. h.* diſtinguit, quaſi Jure Pontificio portæ non ſint ſanctæ, ſecus apud JCtos. Atqui Plutarchus non negat, portas eſſe ſanctas, hoc eſt inviolabiles, ſed ſacras eſſe negat, quia multa per eas non pura invehuntur. Puniuntur capite, qui portas & muros violant, *hoc §. 10.* quod communiter ad urbem Romam reſtringunt, licet textus ſint generales de muris civitatis, & municipales muri æque ſint ſancti atque Romani, *d. l. 8. §. ult.* ſed eſſe aliquem inter urbem gentium dominam, eique ſubjectas civitates differentiam, hæ tam æquo animo pati debuere, quam imperium paſſæ ſunt. Ideoque in communi interpretatione acquieſcimus; pœnam capitis de urbe Roma eſſe intelligendam, cujus mentio tantum fit *in l. ult. d. tit.* Moribus noſtris, pœna hæc etiam fuerit extraordinaria, pro magnitudine periculi atque intentione animi, qua delinquentes uſi ſint. Cæterum, ipſi muri portæque ſunt & habentur hodie res vere publicæ, non univerſitatis, quibus muri portæque pro munimentis adhibentur; quia Jus muniendi ad *armandiam*, Feudiſtis appellatam pertinet, quæ cum ex numero ſit Regalium, ſolius ſummæ poteſtatis in manu eſt, idemque dicendum, etſi civitates ſuo ſorte ſumptu portas & muros excitaverint atque ſuſtentent; hoc enim ſecuritati ſuæ, cujus a jure diſtincta ratio, imputabunt.

12. (l) Res *ſingulorum* ſupra eſſe diximus, quarum nomine competit actio, uti rem amiſiſſe dicitur, qui nullam ejus perſequendæ actionem habet, *l. 14. §. 1. de V. S.* Actio eſt in rem, vel in perſonam. In rem, qua petimus rem noſtram. In perſonam, qua perſequimur rem nobis debitam, ut plenius ad *§. 1. I. de action.* Res noſtra proprie quidem dicitur, quæ eſt in Dominio noſtro, *l. 29. de V. S. & l. 66. de R. V.* cujus vindicandæ jus habemus, *l. 49. de R. V.* ita ut id, quod *ſuum* eſt, opponatur ei, quod in credito eſt, *l. 27. §. 2. & l. 34. in pr. de aur. & arg. leg.* quanquam non raro quod *ſuum* eſt, ad ea, quæ nobis debentur, extendi videmus, *l. 6. §. 6. de his, quæ in fraud. credit. l. 22. & l. 96. §. 1. de ſolut.* Generaliter igitur, Res noſtræ *ſingulorum* ſunt, quas actione, vel reali, vel perſonali perſequimur. Actionis in rem fundamentum eſt, non modo dominium, ſed latius omne *Jus in re*, ita dictum; Fundamentum perſonalis actionis eſt, *Jus ad rem*, vulgo dictum. Hæc enim recepta eſt diſtinctio inter jus in Re & ad Rem, ex Jure Canon. *c. 8. de conceſſ. præb. in 6. & 40. de præb. in 6.* In jure civili hæc oppoſitio ſpecierum nuſquam reperitur. Jus in re memoratur quidem ſæpius, at non perpetuo hoc ſenſu, cum aliquando tam late pateat, ut omnes cauſas ejus, quod intereſt, complectatur, *l. 2. §. 22. de Vi bon. rapt.* Sed jus ad rem ita ſimpliciter nuſquam nominatur: quanquam docendi cauſa lubenter his terminis utimur. dix. *lib. 4. Digreſſ. c. 4.* Sequitur hanc doctrinam Grotius *2. manud. c. 1. §. ult.* quando Jus circa res dividit in *Beheering en Inſchult. Behering* eſt jus in Re, Quod ſubtilius, ait eſſe *Recht van toebehooren beſtaande tuſſchen den menſch en de ſaeke, ſonder noodig opſicht op een ander menſch.* Iterum *Inſchult*, Jus ad Rem, eſt, *Recht van toebehooren, dat de ene menſch op den anderen heeft, om van hem eenige ſaeke te genieten.* Hoc exemplo nobis quoque, Jus in Re ſit, *Facultas homini in rem competens, ſine reſpectu ad certam perſonam.* Unde producit actionem in rem, ubicunque ea ſit, & contra quemcunque poſſeſſorem. Jus ad rem eſt, *Facultas competens in aliam perſonam, ut nobis aliquid det, vel faciat*, quod ideo producit actionem *in* certam *perſonam*, non contra tertium. Eodem modo definitur obligatio; Nam qui alium habet obligatum, jus ad rem habere dicitur, ut *in loco* videbimus. Nos quinque Species Juris in re ſtatuimus, *Dominium, Jus dominio proximum*, vulgo *utile Dominium, Hereditatem, Servitutem, Pignus.* Quod ſi tu utile dominium pro ſpecie diſtincta dominii malis accipere, quod per me licet, recte dices, *quatuor eſſe juris in re ſpecies, ut eſt in poſitionibus.*

SCHOLIUM.

Imo potius unica, Dominium nempe, ſub quo hereditas, ſervitus, pignus, commode poſſunt comprehendi, per tradita a noſtro τῷ πάνυ *Bornio* differt. Inaug. de jur. in Re. *confer Auctorem ſupra* n. 1. *verbis*, de dominio.

RESPONSIO.

Hæc ſententia non præſtat nobis hunc uſum, propter quem unice terminum & ſpecies Juris in Re in Scholis recepimus, ut diſtincte concipere poſſimus fontes actionum in Rem. Quod ſi dominium deinde partiaris in dominium ſtricte dictum, hereditatem, ſervitutem, pignus, quid lu-

(l) *Poſ. 15. & ſeqq.*

Digitized by Google

cis aut compendii feceris, dic ſodes, niſi quod dominii ſignificationem negligentiorem & confuſam oculis objeceris. Ego quidem Juſtiniani tractatum de Rebus in pr. h. t. *in duo ſumma Capita partitus ſum, quæ ſunt de dominio & de obligatione: Sed hoc ideo, quia Juris in Re terminus Auctoribus Artis noſtræ fuit incognitus, eo ſenſu, quo nunc uſurpatur. Id non præjudicat uſui Scholaſtico, cujus reſpectu me hanc de jure, quod in Re vocatur, doctrinam ſectari, ſæpe profeſſus ſum.*

N. ADDIT.

At vero facile eſt dicere, quid lucis aut compendii faciamus, ſi dicamus, dominium in genere eſſe fontem actionum in rem, & deinde dominium dividamus in dominium ſtricte dictum ſeu rerum corporalium, & dominium juris, i.e. hereditatis, ſervitutis & pignoris. Idem enim hic compendii & lucis eſt, atque cum ex altera parte dicimus, fontem actionum in perſonam eſſe unicum, nempe obligationem, & obligationem poſtea dividimus in obligationem ex contractu, vel ex delicto, vel ex variis cauſarum figuris, i.e. ut Cajus loquitur, ex quaſi contractu & quaſi delicto. Si vero fontes actionum realium ſecundum uſum Scholaſticum dicimus eſſe quatuor, dominium, hereditatem, pignus & ſervitutem, quid lucis & compendii hic eſt? cum nemo fontes actionum in perſonam ſimiliter dicat eſſe tres, vel quatuor, cum tamen hic eadem ſubſit ratio.

Dominium, quia excellit & jus cæteris perfectius eſt, ideo ſuum nomen ſæpe retinens, a jure in re ſeparatur, *l. 30. de act. nox. & l. 19. de damno inf.* ſub quo tamen aliquando continetur, *l. 8. §. 1. C. de praſc. 30. vel. 40. ann.* & dicitur plena in re poteſtas, *§. 4. I. de uſuf.* nec dubium, quin rem afficiat ubicunque ſit, quod eſt proprium juris in Re, *l. 23. de R. V.* quod cum non faciat poſſeſſio, poteſt adeo nec fieri, ut ſano ſenſu jus in Re eſſe dicatur, nihilo magis ac *Jus dotis*, quemadmodum copioſe probavimus *l. 4. Digreſſ. c. 9. & ſeq.*

13. (m) Primum igitur ac præcipuum jus in Re, eſt *Dominium*, quod a Grotio definitur *d. l. 2. c. 3. Facultas, qua quis rem non poſſidens, eam jure conſequi poteſt*, quæ videtur imperfecta definitio. Plerumque dominium finitur, *Jus, quo res eſt noſtra.*

SCHOLIUM.

Si Dominium in genere ita deſcribas, nihil deficit, & res ſatis eſt clara: ſi vero in ſpecie dominium corporis, addenda erit vox, quo res corporalis *eſt noſtra. Præterea etiam hæc definitio priori videtur præferenda; quoniam definit a priori, cum illa deſumpta ſit a poſteriori.*

(m) *Poſ. 29. & ſeqq.*

RESPONSIO.

De ſignificatione dominii generali & ſpeciali mox videbimus. Sed ultima Ratio in Jure non procedit; rerum moralium vis & conditio maxime in effectis conſiſtit, ſaltem inde cognoſcitur, & nuſquam melius, quam in illis conſpicitur; ideoque inde Juris definitiones optime & luculentiſſime componuntur; quæ a priori petitæ ſunt definitiones, amant eſſe obſcuriores.

N. ADDIT.

Primo Autor hic obſcuram reddidit ſententiam Scholii noſtri. Qui enim id legit, prout hic poſitum eſt, putabit ac ſi per priorem definitionem intelligamus definitionem Grotii, cum tamen intelligamus definitionem Mynſingeri. Ita enim ſcriptum erat in poſitione 29. ad quam iſtud Scholium erat adjectum. Prima ſpecies dominium, definitur, jus de re corporali perfecte diſponendi, aut eam vindicandi, niſi lex vel conventio obſiſtat. *Mynſing. ad princ. h. t.* Alii brevius: eſt jus, ajunt, quo res eſt noſtra, *minus plene & minus clare. Deinde etſi non negem, vim rerum moralium maxime in effectis conſiſtere, æque tamen credo eſſe perſpicuum, ſive quis in definitione denominet cauſam efficientem, ex qua effectus oritur, (quod eſt rem definire a priori,) ſive denominet effectum, qui ex illa cauſa efficiente oritur, (quod eſt rem definire a poſteriori.) Interim etiam in moralibus definitiones primi generis creduntur eſſe perfectiores. Ita & obligatio definitur a priori. Si definitiones a poſteriori eſſent magis perſpicuæ, obligatio definienda eſſet, quod ſit jus, rem petendi per condictionem. Atque ſic nemo deſcripſit.*

Sed rectius & plenius Mynſingerus *pr. I. h. t.* Eſt *jus de re corporali perfecte diſponendi aut eam vindicandi, niſi lex vel conventio obſiſtat.* Diſpoſitio *perfecta* continet plenum ac liberum adminiſtrandi & alienandi jus, quo cæteris juribus in rem opponitur; *excepta hereditate;* nam qui uſumfr. ſervitutem, pignus habet, non niſi certum & coarctatum jus in rem habet. Quin & dominis, ut definitio indicat, ſæpe legibus aut pactis adminiſtratio & alienatio aufertur, ut *infra* videbimus. Alii verbum *corporale* ex definitione eliminant, & volunt, rerum etiam incorporalium eſſe dominium; idque triplex ſtatuunt *Proprietatis*, *Servitutis*, *Poſſeſſionis*,

ſunt

Digitized by Google

ſunt etiam qui addunt, *Obligationis*. Quorum mihi ſententia non poteſt probari, his potiſſimum rationibus: 1. Quia Rerum duntaxat corporalium dicimur habere dominium, *l. 4. pr. Comm. divid.*

SCHOLIUM.

Hic & ſequentes textus agunt de dominio ſtricte dicto, ut & præſens titulus tam heic, quam in Pandectis.

RESPONSIO.

Verum eſt, dominii vocabulum aliquando tam late ſumi, ut omni patrimonio hereditatique conveniat, quomodo accipitur in l. 70. §. 1. de V. S. & l. 48. de Hered. inſtit. *Nec etymologica ſignificatio dominii a domo, nihil magis hoc refugit, quam hereditatis ab hero. Sed uſu notiſſimo juris, prævalet dominii propria ſignificatio, qua de rebus corporalibus uſurpatur. Scholiaſtes omnia, quæ pro definitione dominii protulimus, diſtinctione latioris & ſtrictæ ſignificationis eludit; quo etiam pertinet ſequens ejus Scholium, ubi* vid. reſp.

N. ADDIT.

Diſtinctio dominii in late & ſtricte dictum, non eſt eluſio. Sed iſti potius videntur ludere, qui fatentur, in jure fundatam eſſe ſignificationem latiorem Dominii, ut ipſe Autor noſter id in hac reſponſione fatetur, & tamen illam latam acceptionem non volunt eſſe propriam, ſed proprietatem ſignificationis attribuunt ſoli Dominio rerum corporalium.

2. Quarum rerum habemus dominium, earum ſpecialis vindicatio datur, *l. 1. §. 1. l. 23. pr. de R. V.* ſed hæc incorporalibus non convenit, *l. 5. §. 4. l. 6. de R. V.* 3. Res, quæ ſunt in dominio, tradi poſſunt, per *l. 20. C. de Pact.* Incorporalia tradi nequeunt, *l. 43. §. 1. de A. R. D.* 4. Quod poteſt uſucapi, hoc etiam poteſt eſſe in dominio, nam uſucapio eſt adjectio dominii, *l. 3. de uſucap.* nec ullus eſt titulus vel cauſa dominii, quin etiam ſit cauſa uſucapionis & vice verſa. Ergo hæc duo inter ſe convertuntur. Incorporalia autem non recipiunt uſucapionem, *d. l. 43. §. 1.* igitur nec dominium. 5. In titulo *de acquirendo Rerum dominio* tam Inſtitutionum quam Pandectarum, nulla incorporalium mentio occurrit; unde ſi alibi ſecus occurrat, id improprium ſit oportet.

SCHOLIUM.

Imo, quia hic ſignificatus in Arte non eſt infrequens, pro æque proprio erit habendus, uti ſignificatio mortis & adoptionis. Aliud quippe eſt ſignificatio lata, aliud propria.

RESPONSIO.

In uſu terminorum Artis ſine dubio ſpectandum eſt, quid Artis auctores in iis locis, ubi de quaque materia ex profeſſo tractatur, obſervent. Latam & ſtrictam adoptionis & mortis ſignificationem diſerte in iis titulis, ubi de illis rebus agunt, ipſi conditores Juris tradunt & inculcant. Idem ſi de dominio fecerint, haberemus quod ſequamur. At ſi in iis locis, ubi de dominio plene & unice agunt, nullam niſi de corporalibus mentionem faciant, ut fit, non eſt ſeduli Interpretis, fortuitis vocabuli extenſionibus aliunde conquiſitis abuti ad confuſionem terminorum. Si teſtator in ultima voluntate ſua heredem inſtituat dominum, ut facit in dd. ll. 48. & 70. *quia non poteſt aliud quam univerſum patrimonium intelligere, juris conſultos potius mentem ejus, quam vocabuli proprietatem interpretari manifeſtum eſt. Nos plena manu probatum dedimus, non poſſe ex uſu Juris recto hereditatem, ſervitutem, & obligationem, cum dominio confundi,* lib. 4. Digreſſ. c. 6. & ſeqq.

N. ADDIT.

Hic initio repetendum, quod Autor ipſe modo §. 12. in reſponſ. *faſſus erat, ſe ideo Juſtiniani tractatum de Rebus partitum eſſe in duo ſumma capita, nimirum de Dominio & Obligatione, quia videlicet Juris in re terminus autoribus artis fuerit incognitus. Hæc vero ratio ſi valere debet, exinde colligendum eſt (1) Dominium quatenus obligationi opponitur, æquipollere termino juris in Re, (2) & adeo Dominium hoc denotare in genere Jus actionem realem producens. (3) Hanc acceptionem Dominii autoribus artis non fuiſſe incognitam, alias enim ratio Autoris nihil inferret. (4) Hanc acceptionem Dominii, etſi latiorem altera, qua Dominium denotat certam Juris in re ſpeciem, æque tamen eſſe propriam. Nam abſurdum foret, ſi quis in recenſendis duobus ſummis capitibus juris rerum, & quidem ſecundum terminos autoribus artis cognitos, terminis vellet uti ſignificationem impropriam habentibus. Deinde oſtendendum eſt, qua occaſione Autor deceptus fuerit poſt alios, ut putaret, Dominii illam acceptionem latiorem eſſe impropriam. Eam vero indicant ejus verba paulo ante prolata:* Quia, *inquit,* rerum duntaxat corporalium dicimur habere dominium, *l. 4. pr. Com. divid. Age videamus, an hoc verum ſit.* Per hoc Judicium, *ait Ulpianus,* corpora-

Digitized by Google

lium rerum ſit diviſio, quarum rerum dominium habemus: non etiam hereditatis. *Hic, ſi maxime Ulpianus diceret, hereditatis non eſſe dominium, ſed rerum duntaxat corporalium, ut Autor eum explicat, non tamen video, cur ejus autoritas prævalere debeat textibus Marciani & Pauli* in d. l. 48. & d. l. 70. §. 1. *aut cur ad eos conciliandos non deberet magis apta eſſe diſtinctio inter dominium late & ſtricte dictum, quam inter ſignificatum dominii proprium & improprium. Sed Ulpianus id nequaquam dicit, quod ſenſit is, qui in additis ad Pandectas diſtinctionum ſignis, inter verbum* habemus & non *colon poſuit, non comma. Nempe ſenſus eſt*: Per hoc judicium fit diviſio non hereditatis, ſed rerum corporalium, nec harum tamen omnium, ſed earum, quarum dominium habemus, non ad quas habemus actiones in perſonam. *His ſuppoſitis, ad reſponſionem Autoris præcedentem facile excipi poteſt. 1. Uti de morte non ſuccurrit titulus in jure, ita nec ſuccurrit, quod ubi v. g. de morte civili in jure agitur, JCti Romani latam & ſtrictam mortis ſignificationem diſerte inculcent. 2. De dominio nuſquam plene agunt Autores artis, id eſt eo modo, ut tradant dominii definitionem, tantum abeſt, ut tradant varios ſignificatus dominii. Ubi vero de acquirendo rerum dominio agunt, non poſſunt non agere de dominio rerum corporalium, quia de dominio ſtricte dicto, & de dominii late dicti nobiliſſima ſpecie ibi agunt. 3. Dicere, quod lata dominii acceptio ſit fortuita extenſio vocis, repugnat Autori ipſi, qui peccaſſet, ſi fortuita extenſione vocis uſus fuiſſet in aſſignando primario juris rerum capite. 4. Non bene dicitur, ſignificationes dominii late accepti eſſe ex alienis titulis aliunde quæſitas, videlicet ex titulis* de heredibus inſtituendis & de V. S. *Nam dum Autor ſignificatum ſuum proprium deducit ex titulo* de Comm. divid. *(quamvis erronee, ut modo oſtenſum,) non poterit hanc objectionem adverſus nos urgere. Nam de dominio in tit.* de communi dividundo *adhuc minus agi debet, quam in titulo* de V. S. *5. Exceptio, quod* in dd. ll. 48. & 70. *JCti potius mentem teſtatoris, quam vocis proprietatem interpretentur, faceret forte aliquid, ſi ſola* l. 48. *uteremur, ad dictam vero legem* 70. *non quadrat, ubi plane nihil de herede ut domino reſtituto. 6. Hereditatem, ſervitutem, obligationem, non poſſe ex uſu juris recto cum dominio confundi, & nos urgemus, exinde tamen non magis ſequitur, ſervitutem & hereditatem non eſſe ſpeciem dominii latius dicti, quam ſi quis exinde, quod obligatio ex contractu non debeat confundi cum obligationibus ex delicto, velit inferre, quod harum alterutra non ſit ſpecies obligationis generice acceptæ.*

SCHOLIUM.

Sed de obligatione jam aliunde conſtat, eam ad dominium non ſpectare.

RESPONSIO.

Unde magis, quam de ſervitute & poſſeſſione, mihi non conſtat. Nec enim magis ſeparatur titulis aut opponitur terminis; & textus generales, qui dominium heredis omne jus defuncti continere dicunt, ut d. l. 48. & l. 70. *non minus, imo magis obligationes, quam ſervitutes & poſſeſſionem comprehendunt. Quare ſi obligationis conſtat non eſſe dominium, ut Scholiaſtes ait, æque facile neque de ſervitute, vel poſſeſſione dominium prædicare poſſe, colligere licet.*

N. ADDIT.

Initio Scholium non refertur, uti poſueram: Dixerat Autor, & poſſeſſionem & obligationem opponi dominio. Regeſſeram, de his jam aliunde conſtare, quod ad dominium non ſpectent, (nimirum ad dominium, quod unum ex duobus ſummis capitibus juris rerum eſt, æquipollens juri in re, actiones reales producenti.) Atqui harum aſſertionum utramque jam breviter probo. Poſſeſſio facti eſt, dominium juris nomen: Dominium a poſſeſſione incipit. Poſſeſſio non producit actiones in rem, ſed occaſione poſſeſſionis dantur interdicta. Obligatio tanquam alterum ex iſtis duobus ſummis capitibus juris rerum, ipſo Autore ſic loquente, dominio opponitur, & actionem in rem non producit, quomodo ergo poſſet ad iſtud dominium, quod unum ex ſummis capitibus juris rerum eſt, referri? Hæc igitur cum ita ſe habeant, non debebat Autor in ſcholii mei relatione poſſeſſionis mentionem omittere, & in reſponſione eam iterum immiſcere ac ſervituti jungere, quaſi poſſeſſionem æque ac ſervitutem habeam pro ſpecie dominii. Deinde ex dictis conſtat, cur non valeat argumentatio ab obligatione ad ſervitutem & hereditatem, cum diſparitas, ſc. productio actionis in perſonam & in rem, ſit ſatis palpabilis.

Sed optima ratio eſt, quæ a remotione ſpecierum incorporalium, in quibus alii Dominium ſtatuunt, deſumitur, ut eſt ſervitus atque poſſeſſio. Nam ſervitus etiam dominio oppo-

nitur,

nitur, *l. un. §. 3. de remiſſ.* Fructuarius dominus non eſt, *l. 43. inf. de furt.* Ergo ſpecies dominii ſervitus eſſe nequit. Exceptio Bachovii, Proprietarium eſſe dominum rei, fructuarium juris, eſt commentitia, & petit principium. Mera confuſio eſt hæc terminorum detorſio, præſertim, cum & *poſſeſſio* inter ſpecies dominii refertur, quæ ſunt duæ res ſeparatiſſimæ, ut vel ex rubricis *de acquir. poſſeſſ.* differentia inter judicia petitoria & poſſeſſoria, definitione uſucapionis aliisque innumeris rebus patet, minimeque probat contrarium *l. 2. C. ubi in rem actio.* neque *l. 11. C. de omni agro deſ.* ubi *proprietas poſſeſſionis*, quo argumento ſuos ipſi terminos pervertunt: Nam ſi tres dominii ſpecies, Proprietas, Servitus, Poſſeſſio, ut ponunt, qui poteſt dari proprietas Poſſeſſionis? an ſpecies de ſpecie oppoſita prædicatur? ſed tu intellige, *proprietas fundi in d. l. 11.* ut in *l. 18. de minor.* vid. Briſſon. *de V. S.* verb. *poſſeſſio*; imo dominium & proprietas ſunt unum idemque, *l. 12. pr. de Acquir. rer. dom. l. 4. de alim. leg. l. 2. quib. mod. uſusfr. amitt.* Nihilo magis obſtat *l. 4. in fin. ſi uſusfr. pet. l. 15. §. 8. Quod vi aut clam. l. 70. §. ult. de V. S. l. 118. in f. pr. de V. O. l. 4. de uſufr. l. 70. §. 2. de fidejuſſ. l. 17. Quib. mod. uſusfr. amitt. l. 4. C. de Probat. l. 138. de V. S. l. 3. pr. & l. 1. §. ult. de S. R. P. Rubr. D. ſi ſervit. vind.* de quibus ad *ff. h. t. vel in Digreſſion. l. 6.* Sane hoc tenendum, abuſive aliquando dominium de omni patrimonio uſurpari.

14. (n) Diviſio dominii, quæ prima traditur in *Civile & Prætorium*, exigui vel nullius eſt uſus. Quamvis enim Prætor heredem ſubtiliter loquendo non faciat, *pr. I. de bon. poſſ.* tamen bonorum poſſeſſio, quæ ex Edicto prætoris datur, idem jus, quod hereditas, tribuit, *l. 1. & ſeqq. de bon. poſſ.* Sed olim Dominium erat *Bonitarium*, vel *Quiritarium*, ſive ut Theoph. *ad tit. de Libertin.* Ἔννομος καὶ φυσικὴ δεσποτεία, *legale aut naturale dominium.* Et hoc quidem, quo res in bonis eſt ac utilitatem præſtat. Civile ſeu Quiritarium, quod ſolenni modo ex Jure XII. Tab. eſt acquiſitum; quod fiebat tribus modis, *Mancipatione, Ceſſione* in jure & *Uſucapione.* Mancipatio erat alienatio certarum rerum; quæ *mancipi* dicebantur, conceptis verbis, libripende & quinque teſtibus adhibitis facta, Ulp. *tit. 19. §. 1.* qui ritus aliter *Nexus* dicebatur.

(n) *Poſ. 33.*

Res mancipi erant, prædia Italica, ſervi, pecudes manſuetæ; cætera nec mancipi dicebantur. Ceſſio in jure, fuit alienatio rerum tam mancipi, quam nec mancipi, facta ceſſione domini, vindicatione accipientis, addictione Prætoris, Ulpian. *d. tit. 19. §. 7.* De uſucapione ſuo loco. Cives Rom. aliique horum modorum nacti dominium, habebant Quiritarium *plenum*, quod & totum in alium civem transferebant; ſed ſi rem in provincialem alienarent, is dominii Quiritarii incapax bonitarium duntaxat acquirebat, & Quiritarium *nudum* manebat penes cedentem. Verum hæc diſtinctio ſublata eſt per *l. un. C. de nud. jure Quirit. toll.* Eſt tamen hodieque dominii differentia, quod ſit plenum vel nudum. Plenum, cum uſusfructus & emolumentum adeſt. Nudum, a quo ſeparatus eſt uſusfructus, *l. 2. Quib. mod. uſusfr. am. & l. 4. de alim. leg.* ubi, *ut pleno dominio hæc habeant, & non ſolum uſumfructum.*

15. A doctoribus recepta Dominii diviſio in *directum & utile.* Quorum exempla ſunt in emphyteuſi, ſuperficie & feudo. Nam vaſallis, ſuperficiariis & emphyteutis utile, dominis vero directum adſcribunt dominium. Sed hos terminos contra ingenium juris & ſermonis Latini compoſitos eſſe, non poteſt negare, qui cogitet, directum & utile uſurpari de actionibus, minime vero de cauſis actionum, ut ſunt contractus & dominia; Hinc liquet, etſi Utilis in rem actio detur emphyteutis &c. *l. 1. §. 1. ſi ag. vectig. l. 16. §. ult. de pign. act. l. 1. §. 3. de ſuperfic.* minime inde ſequi, quod dominium quoque ſit utile, niſi contractus etiam utiles ſtatuere velis, quia & actiones in perſonam utiles multæ reperiuntur. Hoc ſaltem verum eſt, quemadmodum actiones dicuntur utiles, cum ſpecies extant affines iis, de quibus actio proprie datur: ita utilem in rem actionem, arguere jus aliquod affine dominio & proximum, quod ſane *quaſi dominium* appelletur; neque enim id pugnat cum uſu Juris civilis, ut appellatio *utilis*; veluti quaſi contractus, actio quaſi Serviana & ſimilia. Proximum autem jus dominio convenire emphyteutis vaſallisque, certum eſt: neque tamen nugæ ſunt, cum de re conveniat, vituperare verba. Æquum eſt, aliquod diſcrimen inter ſcholas noſtri temporis & barbari ſæculi ſervare. At jura negant emphyteutis dominium expreſſe in *d. l. 1. §. 1.* dicunt eum alium habere

Digitized by Google

Dominum, *§. 3. Inſt. d. l. 1. §. 1.* Opponuntur *emphyteuticarius & rei Dominus*, *l. 1. 2. 3. C. de jur. emphyt.* Quanquam Græcos Impp. ſuos patrimoniales emphyteutas dominii nomine dignare, videmus in *l. 2. l. 4. & l. 12. in fin. l. ult. C. de fund. patrim.* Nimirum Cæſares magis Principes quam fundorum domini eſſe gaudent; ideo facilius ſuis emphyteutis eum titulum tribuunt, quibus etiam plus juris dediſſe videntur, ita ut *commiſſum non metuant*, *d. l. 4.* (ſecus ac in privatis, *l. 2. & 3. C. de jur. emphyt.*) ſed fundos *perpetuo & inconcuſſo jure poſſideant*, *l. 5. eod.* quo ſenſu non tam commodare Cæſares, quam *jure dominii tradere* ſe fundos profitentur, *d. l. 4.* abuſive dominii voce pro perpetua & inconcuſſa poſſeſſione ſumpta, quales analogicæ improprietates in aliis rebus paſſim occurrunt. Vaſallis in doctrina feudali forte etiam ſpecioſius dominii appellatio, quam emphyteutis communicetur; ſed eorum in jure civili, ubi ſunt incogniti, ratio haberi nequit. At vero quicquid de dominio Emphyteutæ ſit, omnino tamen Dominii *utilis* terminus nusquam reperitur, & ſine dubio ſolœcus eſt. Quanquam in foro ſolœciſmos tales anxie fugiendos eſſe, nemo prudens dixerit.

16. Atque hoc eſt primum jus in Re, Dominium; Cætera non ſunt hujus loci. Priusquam tamen pergamus, monitum velim, merito ſub Dominio Jus dotis comprehendi, quod aliqui diſtinctum jus in Re nuncupant, ſed ex hypotheſi, quam falſam eſſe non dubitamus; ſcil. quod maritus, cum habeat actionem in rem ad vindicandas res in dotem datas, *l. 11. C. de R. V.* tamen non ſit earum Dominus; quod alibi refellimus, *lib. 4. Digreſſ. c. 9.* Specioſius diceretur, Jus dotis eſſe univerſale, etiam talia complectens, quorum non poteſt eſſe dominium, ut jura & obligationes, atque ita inſtar hereditatis conſtituere jus diſtinctum. Neque non verum id eſſet, ſi actio in rem daretur univerſalis, qua res in dotem datæ a quovis poſſeſſore peterentur. Sed maritus adverſus eum, qui dotem promiſit, perſonaliter agit, contra tertium nullam præter rei vindicationem habet, quæ ſingularis eſt. Heres, particularium quoque rerum poſſeſſorem univerſali actione compellat, *l. 1. §. 1. ſi pars hered.* de marito ratione dotis, id nusquam auditum. Quare nihil profertur, cur Dos ut eſt univerſum quid, Jus in Re dicatur, vel ut reſpectu corporalium rerum a Dominio diſtinguatur. De poſſeſſione, an jus in re ſit, alibi diximus, & dicemus.

17. (o) Ubi, quid & quotuplex ſit dominium, vidimus; ad modos, quibus acquiritur, transeundum, qui vel ſunt *juris naturalis*, *quod appellatur jus Gentium*, ait Imp. in *§. 11. h. t.* vel juris civilis, de quibus *infra.* Jus naturale dupliciter uſurpat, vel pro eo, quod homini eſt commune cum brutis, ut in *tit. de jure Nat.* vel quod cum recta ratione conjunctum eſt ac humanæ naturæ proprium; idque hoc loco intelligitur, & vocatur *jus Gentium*, ad diſtinctionem juris naturæ prima ſignificatione, de qua diximus in loco. A *Modis* acquirendi Dominii diſtinguuntur *Cauſæ*, vix alio ſenſu quam ut cauſæ rerum proximæ a remotioribus. Nam proximæ, id eſt, quibus dominium immediate acquiritur, dicuntur *Modi:* Remotiora principia, *Cauſæ*, quales præcipue ſunt tituli obligationum, in quibus de dominio transferendo agitur, ut venditio, donatio, ſtipulatio &c. *l. 11. §. 3. de except. rei jud.* Ipſos tamen modos etiam cauſas dici, nihil, inquam, vetat, nec aliter JCtus, cum in *l. 3. §. 4. de Acquir. poſſ.* dominium ex pluribus cauſis contingere poſſe negat: nam remotiores ſimul eſſe poſſunt, ut pro ſuo, aut pro herede, *d. §. 5.* Diſcrimen hoc cauſarum & modorum, in plerisque Juris Gentium acquiſitionibus eſt obſcurius; ſed in traditione inprimis perſpicuum. Venditio enim, ſtipulatio, ſimilesque tituli cauſam Dominii continent, ſed Dominos non faciunt, verum traditio, quæ ſequitur, dominium præſtat, *§. 40. & 41. h. t.* Sic & Perceptio eſt modus acquirendi fructus, cauſa vero Cura & cultura, *§. 35. h. t.* Occupatio modus acquirendi res nullius, Cauſa jus homini a Deo in res cunctas datum. Cauſæ, quæ reſpondent modis jure Gentium acquirendi, fere omnes ex jure Gentium deſcendunt, nam plerosque contractus ſaltem origine hujus juris eſſe, alibi dictum, & dicendum eſt. Sed & modi acquiſitionis, qui juri Civili tribuuntur, plerique tamen cauſas e jure Gentium repetunt. Nam acquiſitio hereditatis, legati, fideicommiſſi, donationis mortis cauſa, quod ad momentum acquirendi dominii, ſunt juris mere civilis; ſed ipſæ ſucceſſiones, legata, donationes, quæ cauſam dominii præſtant, aperte ex jure Gentium oriuntur; Ne quis putet, cum modos juris civi-

(o) *Poſ. 35. & 36.*

lis

Digitized by Google

lis audit, ſermonem eſſe de rebus jure Gentium ignotis. Porro Modi jure Gentium acquirendi Dominii, plures hoc capite recenſentur. Præcipui ſex eſſe videntur, *Occupatio*, *Aceeſſio*, *Specificatio*, *Commixtio*, *Fructuum perceptio & traditio.* Alii ſex etiam numerant, ſed confuſionem addunt & fructuum perceptionem omittunt; verum quæ ratio nobis conſtet, quo minus hanc omittamus, illam ſub commixtione intelligamus, *infra* explicabimus. Placet autem ſimplex harum ſpecierum enumeratio potius quam ſubdiviſiones aliorum. Nam qui modorum quoſdam ex facto noſtro, alios vi & poteſtate rei noſtræ, tribuere dominium ajunt,ut *D. Vinnius*, ad primam ſpeciem quinque modos, ad ſecundam duntaxat unam referunt, ſcil. Acceſſionem, quòd non eſt operæ pretium. Grotii diſtinctio *l. 2. c. 3. pr.* in modos acquirendi *originarios & derivativos*, præclara pro ipſius inſtituto, nobis minus expedit, quia primo ad acquiſitiones tam civiles quam juris Gentium pertinet; dein ita comparata eſt, ut ſingulos modos divellere poſſit. Nam occupatio licet præcipue originaria, tamen a noſtris etiam ut derivativa conſideratur, quatenus res hoſtiles occupantium fiunt, *§. 17. h. t.* Acceſſio autem ſine dubio, vel originaria eſt, ut alluvio, Inſula in flumine nata, fœtura; vel derivativa, ut ædificatio, intextura, plantatio, ſcriptura, de quibus *infra* latius. Videamus igitur ſex illos modos ordine Imperatorio. Primus & præcipuus eſt Occupatio, per quam dominium acquiritur *Rerum communium*, quæ aliter *Res nullius* dicuntur; ut dictum *ſupra ad §. 5.* Hoc loco de origine dominii & communione primæva agendum erat, qua de re late diximus *in lib. 4. Digreſſ. c. 10. & ſeqq.* quibus repetendis heic locus non eſt.

OCCUPATIO.

18. (p) Pergemus ad modos ipſos dominii acquirendi, quorum primus eſt *Occupatio*, quæ nihil eſt aliud, quam *corporalis rei apprehenſio eum animo ſibi habendi.* Unde ſequitur,quæ res corporaliter apprehendi, & *cuſtodia*, ut in *§. 12. h. t.* habetur, *coerceri* nequeunt, has per occupationem in jus privatum nunquam redigi. Videtur omnino res talis eſſe Mare, quod occupari non poſſe, niſi quatenus *cuſtodia coercetur*, hoc eſt, quatenus terris, quæ certorum hominum ſint, comprehenditur, ex natura & occupationis & ipſius maris, quod immenſum, liquet. Cui accedit, quod rationes, quæ aliarum rerum dominia diſtingui coegerunt, in mari ceſſent. Reliquas enim res a ſingulis teneri oportuit, quod omnes pariter ad uſum ſui non admitterent, & quod labor cuique ſuus prodeſſe deberet: Sed mare commodiſſime toti humano generi promiſcue ſufficit, nec capit opera permanentis induſtriæ, quæ Auctores vindicare debeant. Ideoque diviſionem maris nullam a primis mortalibus factam oportuit, quibus inſuper Oceanus erat incognitus & imperitia rei nauticæ inacceſſus; diviſio rem quoque terminatam & occupationis capacem requirit, qualem mare non eſſe, modo diximus, & res loquitur; Plura Grotius *tract. de mari libero, & de J. B. & P. l. 2. c. 2. §. 3. & cap. ſeqq.* Dominium igitur maris totius aut præcipuarum partium, cum hoc effectu, ut jus ſit principi, vel populo, alios prohibere piſcari in eo, navigare, aquam haurire, conchas & naufragiorum reliquias colligere, nec eſt, nec fuit,neque eſſe poteſt. At hoc ipſum Jus Romanum docet, quo mare inter ea refertur, quæ *communia ſunt omnium*, & quidem *naturali jure*, ne communia civium Romanorum intelligas, quæ, ut *ſupra* vidimus, publica dicuntur, *§. 1. Inſt. & l. 2. de R. D.* Publica in patrimonio ſunt populi Rom. *Communia ita* ſe habent, *ut primum a natura prodita ſunt*, *& in nullius adhuc dominium pervenerunt*, *l. 14. de A. R. D.* ubi cum feræ, tum littora ejus conditionis dicuntur; ac proin mare multo magis, quia littora per & propter mare ſunt communia, *d. §. 4. & l. 2.* Mare igitur & aer non ſunt inter ea, quæ in univerſum occupari poſſunt.

SCHOLIUM.

Imo ſunt, *ut latius probarunt Seldenus & Strauchius,contra quos magis ex amore erga Patriam, quam ex vero*, *diſputatur in Digreſſion.* lib. 4. c. 14. & 15. *confer,quoad aerem,notas ad Strauch.* VI. 2. p. 56. *Quod vero refugium in cuſtodia hic quærit Auctor, ad id facilis eſt reſponſio. Vel enim dicemus*, *eam ad res mobiles*, *de quibus loquitur* d. §. 12. *eſſe reſtringendam*, *vel etiam mare cuſtodia noſtra coerceri,per leges maritimas & juriſdictionis in eo exercitium.*

RESPONSIO.

De Seldeni & Strauchii argumentis nihil eſt quod addam iis, quæ in Digreſſionibus plena manu dedimus; quæ an ex amore Patriæ potius quam judicio defæcato profecta ſint,æquus lector judicet. Idem Grotio imputatum eſt, *etiam eum in Patria male habitus*, *aliis*, *quorum ambitio*

(p) *Poſ. 59.*

dein

Digitized by Google

dein ad maris Baltici dominium adſpiravit, inſerviret. Argumentum a cuſtodia, deſumptum eſt e jure Gentium, quod dominia primum a poſſeſſione cuſtodiaque ſtabilivit, l. 1. §. 1. de Acquir. poſſ. *quæ ratio non minus rebus ſoli quam mobilibus convenit. Reſponſio de occupatione per leges, non decet Juris Conſultum, qui ſcit, occupationem fieri per apprehenſionem corporalem, & jurisdictionem legesque ferendi jus, conſequi, non præcedere dominium, vel potius Imperium.*

N. ADDIT.

Diu eſt, quod ſententiam in Scholio poſitam (quæ etiam in loco illo ſupra ex notis ad Strauchium deſcripto, qui de rebus communibus agit, reperitur,) mutaverim, & opinioni Autoris acceſſerim, vaſtum ſcilicet Oceanum non eſſe dominii capacem, non ſolum quod cuſtodiæ humanæ non ſubjaceat, ſed & quod uſum præbeat toti humano generi ſufficientem, nec culturam & curam deſiderantem. vide Inſtit. Jurispr. div. lib. 2. c. 10. n. 123. usque ad n. 135. *Igitur tranſire poterat hæc reſponſio Autoris ſine noviore nota, niſi gravior illa nota, qua Autor Scholium meum cenſet, (in verbis:* Reſponſio de occupatione per leges, non decet JCtum,) *ſaltem leviorem aliquam notam loco exceptionis poſtulaſſet. Scilicet non me ferit iſta obſervatio, qui nunquam dixeram, occupationem fieri per leges, ſed cuſtodiam. At differt cuſtodia ab occupatione. Illa hanc præſupponit, & multa occupantur, quæ nec cuſtodiuntur, nec cuſtodiri absque incommodo poſſunt. De occupatione plane nihil in Scholio, leges autem cuſtodire res occupatas quis negaret?*

19. Recipit tamen hæc ſententia aliquas cautiones; *primo*, quod diviſio maris inſtitui poſſit, non ad poſſeſſionem ſtabiliendam, ſed ad curam piratas coërcendi ſecuritatemque præſtandam, ut Grotius notat *l. 2. Jurisp. Holl. c. 1.* Secundo, Imperium in aliquam partem maris poſſe occupari, ut idem tradit *2. de J. B. & P. pr. c. 3. §. 13.* quod primo poſſe fieri docet vi claſſium; verum tale imperium, ſi alia non præcedat cauſa, vix diutius durare videtur, quam terror claſſis: quo ceſſante, mare ad ſuam naturam redire videtur, quemadmodum fera capta diutius non manet noſtra, quam cuſtodia coërcetur. *Iterum*, ratione territorii, quatenus ex terra cogi poſſunt, qui in proxima maris parte verſantur, quod ſane imperium exiguæ latitudinis eſt. *Tertia* cautio, conventione populorum fieri poſſe, ut quidam jure & uſu certi maris cedant, aliique imperium quod ad ſe, permittant; Exempla ſunt in *§. 15. d. cap. 3.* Poſtremo accedit Limitatio, quæ & antea inſinuata eſt; poſſe dominium quoque in parte maris fundari ab eo, qui terras ad utrumque latus poſſidet, dummodo tam modica pars maris ſit, ut quaſi portio & acceſſio terrarum haberi queat, *§. 8. d. c.* Nam ut privatus particulam maris fundo ſuo immittens dominium ejus conſequitur, uti fecit Lucullus Neapoli, ſic nihil eſt cauſæ, cur non rex aut populus ſinum maris occupare queat terris ejus undique comprehenſum; quo jure fœderati Belgæ, qui Sinum Friſicum, cui mari Auſtrali nomen, ambiunt, ejus domini cenſentur; Romani equidem in mediterraneum mare rectius hanc ob cauſam dominium vindicare potuiſſent; ſed dominium noluerunt, ut dictum, Imperio contenti fuerunt. Quæ prolixe opponuntur, ea ſuccincte refutavimus *lib. 4. Digreſſ. c. 13. & ſeqq.*

20. (q) Quæcumque igitur res in communione primæva manſerunt, occupatione, quatenus eam recipere poſſunt, omni die in privatorum dominia rediguntur; qualia inprimis, feræ beſtiæ, volucres, piſces & omnia animalia, quæ mari, cælo, & terra naſcuntur, ut loquitur Imp. *in §. 12. h. t.* Occupatio autem facta cenſetur, cum res apprehenſæ in poteſtate noſtra ſunt, aut vivariis, piſcinisque continentur; ſed piſces in lacubus & ſtagnis etiamſi privatis, feras in ſylvis circumſeptis vagantes, non poſſideri, ſcripſit Paulus ex Nerva filio, in *l. 3. §. 14. de acquir. poſſ.* ideoque cum occupatio dominium per poſſeſſionem tribuat, conſequens eſt, nec in dominio eſſe tales feras ac piſces, quod diſplicet Grotio *l. 2. cap. 8. §. 2.* noſtroque ſæculo rectius contrarium invaluiſſe, tradit. dix. *l. 4. Digreſſ. c. 17.*

21. (r) Cauſa dominii per occupationem quæſiti, eſt Jus Communionis, quod manet, quamdiu res a nemine capta & apprehenſa eſt. Idcirco etſi fera in meo ſit fundo, vel tuo, ideo nos nihilo plus juris in eam quam alius quilibet habemus, ſed cuivis capienti cedit, *d. §. 12.* quod etiam de piſcibus in majoribus aquis jure civili ſtatuendum, colligitur ex *d. l. 3. §. 14.* Quia tamen Domini aliis prohibere poſſunt, ne ad ſuos fundos, vel lacus, venandi piſcandive cauſa accedant, & ipſi melius præſentes capiendis feris invigilare queunt, hinc venatio & piſcatio in fructu eſſe traduntur, *l. 9. §. 5. & l. 26. de uſufr.* Feræ etiam captæ fructuario cedunt, *l. 62. pr. de uſufr.* non quod

(q) *Poſ. 41.* (r) *Poſ. 42. & ſeqq.*

hoc

hoc ipſius ſit præcipuum, ſed oppoſito, putem, ad eas, quæ vivariis ſunt clauſæ, quorum numerum finito uſufructu reſtituere tenetur, *d. l. 62. §. 1.* Illud tamen non impedit, quo minus alii fundum ingreſſi feram occupent ſuamque faciant, etſi a Domino ingreſſu prohibiti; quod locum habet etiam in prædiis, quorum nulla niſi ex venatione utilitas, etſi aliter D. Voetius ad *hunc §.* qui in talibus ſolum dominum venari poſſe tradit. Comparata quidem eſt domino ſpretæ prohibitionis actio injuriarum, *l. 13. in fin. de injur.* qua ratione dicitur, illicitum venari in alieno, *ἐν ἀλλοτρίοις ἰχνεύειν*, *l. 16. de S. R. P.* at interim acquiſitio feræ procedit, quoniam hæc a libertate naturali ferarum pendet, quam talis prohibitio minime tollit, *d. §. 12. h. t.* Factum, quo jus domini violatur, ejusque pœna, ſeparatur a modo acquirendi rem, quæ nullius eſt, quemadmodum & alias fit; ut factum certo reſpectu illicitum, alia ratione juris effectum producat, ut in *§. 26. h. t. l. 7. §. 1.* cum *l. 8. π. Quod met. c. &c.* Occupatio autem illa non tantum fit manibus, ſed inſtrumentis quoque, ut retibus & laqueis, dum duo adſint requiſita; primum, ut inſtrumenta ſint in noſtra poteſtate, deinde fera ita incluſa ſit, ut inde exire nequeat, docente Grotio *l. 2. c. 8. §. 4.* Quare qui aprum laqueo per alium poſito hærentem abſtulit, eum non facit ſuum, ſed ſi aper ita irretitus fuerit, ut expedire ſe nequiviſſet, tum qui laqueum poſuit, pro domino habetur, & in id quod intereſt, adverſus eum, qui feram dimiſit, agere poteſt, *l. 55. de A. R. D.* ubi JCtus plures præmiſerat diſtinctiones, quas inter & hæc; utrum laqueus in alieno fundo permiſſu domini poſitus eſſet, vel non; magis, ut videtur, ad diſcrimen actionis quæ competeret, quam dominii ipſius feræ acquirendi: Sane, quod Cujacius *4. obſerv. in fin.* hinc colligit, venantem in alieno ſine permiſſu domini, nihil ſuum facere, neque in iſto loco habetur, nec Juris rationi convenit: ut nec Balduinus ad hunc *§. 12.* feras ita captas pertinere ad fiſcum notat; ratio quidem non eſt iniqua confiſcandi, ſed jure ita cautum eſſe, non liquet.

22. (s) Speciale autem eſt in feris, quod, ubi effugerint e poteſtate noſtra, deſinant eſſe in dominio, & fiant iterum capientis, *d. §. 12.* cum aliæ res amiſſæ, licet poſſeſſio pereat, *l. 3. §. 23. de acqu. poſſ.* in dominio noſtro maneant & a quovis poſſeſſore vindicari ſoleant. Grotius *d. cap. 8. §. 3.* diverſitatem hanc non probat; nec magis feram, quæ aufugit, noſtram eſſe deſinere cenſet, quam ſervum fugitivum, qui ubicunque ſit, a domino repetitur, *titt. ff. & C. de Fugitivis:* ideoque non tam renovationem libertatis naturalis, quam difficultatem recuperandæ dignoſcendæque feræ, pro cauſa habet, cur poſſeſſione ejus amiſſa, dominium extinguatur, præſumpta ſcilicet derelictione Domini. At JCti pro diſcrimine inter cætera mobilia & feras id habere videntur, quod, ut in brutis analogum quid rationis agnoſcunt, *pr. I. de jur. nat. l. 1. §. 11. π. Si quadr. paup.* ſic etiam eorum animo in recuperanda libertate naturæ non parum tribuant, *arg. §. 15. h. t.* in verb. *donec animum &c.* Hominum autem alia eſt ratio: nam qui liberi ſunt, aliorum fieri nequeunt, & ſervi non vagantur per ſylvas & agros, nec eorum ulla venatio eſt, ut extra bellum occupatione acquiri poſſint: Grotii tamen ſententiam juvant verba finalia *d. §. 12.* Fera *naturalem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita ſit in conſpectu tuo, ut difficilis ſit ejus perſecutio.* Quid autem, ſi manſuetum animal a lupo aliave fera abreptum, ab aliquo occupetur, nunquid hoc capientis? Ulpianus ex Pomponio ſcribit: *non deſinere noſtrum eſſe, quod a lupo eripitur, vel alia beſtia, tamdiu quamdiu ab ea fuerit conſumptum, l. 8. §. ult. Fam. erciſc.* quem locum fuſius & elegantiſſime tractat in *l. 44. de A. R. D.* cujus tamen concluſio *ex d. l. 8. §. ult.* clarior fieri videtur. (t) Porro, quia occupatio non niſi apprehenſione perficitur; conſentaneum eſt, feram non eſſe ejus, qui perſecutus eam vulneraverit, & ſpem capiendi proximam habebat, * ſed qui cepit & apprehendit, ut contra Trebatium decidit Juſtinianus *in §. 13.* Improbum tamen eſſe, qui feram ab alio pene captam intercipit, non eſt

* Hinc eſt, quod Jure Saxonico Communi vulneratæ feræ modica perſecutio permittatur, ea ſcilicet, quæ ſine ſclopeti exploſione, ſine incitatione canum, & ſine inflatu fit corniculi. *a. L R. L. 2. art. 61.* Hopp. *ad §. 13. I. h. Uſ. Hod.* Richt. *Dec. 16. n. 4. ſeq.* Jure vero Electorali Saxonico nec iſta quidem feram perſequendi licentia venatoribus competit, cum Ordin. Provinc. (Landes-Ordnung) *d. ann. 1555. tit.* daß keiner auf des andern Grund und Boden. expreſſe caveat, daß keiner mit Jagen und Hetzen eines andern Güther nicht berühren ſoll, ohngeachtet einiges Einwenden, idque ſub pœna 100. florenorum, ib. verb. alles bey Pön 100. Gülden. vid. *Corp. Jur. Sax. p. 48. j.* Carpz. *L. 1. Reſp. 44. n. 16. ſeq.*

(s) *Poſ. 47.* (t) *Poſ. 43.*

diffitendum, & Judicis erit providere, ne malitiæ indulgeatur; quin noſtro ſæculo Trebatii ſententiam magis obtinere, ſcribit Balduinus ad *d. §. 13.* Grotius *l. 2. cap. 4. Jur. Holl.* verſic. *yemant een Wilt*, tradit, dominum quidem fieri capientem, ſed eundem multari poſſe, ut venatorem importunum, *als onbeulslyck jaagende*, ut ita ratio delicti ac pœna, rurſus ab acquiſitione dominii diſtinguantur. In apibus * eandem eſſe rationem, quæ eſt in feris animalibus & quam expoſuimus, docet Imperator *in §. Apium quoque. 14. h. t.*

23. Cæterum moribus hodiernis, jus venandi feras Principibus fere, aut aliis proceribus conceſſum videmus, quamquam de Hiſpania ſcribit Hubertus Leodius *in vita Friderici Palatini l. 6.* venationem magis ibi promiſcui juris eſſe; & *lib. 10.* refert, Carolum V. noluiſſe affirmantibus credere, in Germania prohiberi aucupia, deque ea reſponſionem feciſſe, atque ſe rogatum, teſtatur Hubertus, cum legationem obiret, an res ita ſe haberet? quod mirum, ignoraſſe Carolum Cæſarem vulgatiſſimum Patriæ inſtitutum: niſi Belgæ Belgii mores melius conſtiterint, quibus tam ſtricta venationum prohibitio in uſu non eſt. Brabantis certe juxta lætum introitum ipſius Caroli V. & ejus filii, libera venatio permiſſa legitur, *art. 33. & 34.* Porro nititur ille mos reſtrictæ venationis, jure quod habent populi a Deo in cunctas res non occupatas, per quod licet ipſis ordinariam methodum, qua res tales ſingulorum capientium fiunt, invertere ac prævenire, easque res addicere iis, quibus videtur, adeo ut Principes vi hujus ceſſionis a populo factæ, dominium ferarum acquirere citra & ante occupationem, ſcribat Grotius *lib. 2. de J. B. & P. cap. 8. §. 5.* Qua ratione Conſtitutio Caroli V. 169. ut fures ** puniri jubet eos, qui feras & piſces, etiamſi ab aliis non incluſos, capere ſint auſi. Contra D. Vinnius ad *d. §. 12.* jus tantum venandi vulgo interdictum tradit, extra quam feræ per ſe adhuc ſint communes, ut olim. Gudelinus etiam *lib. 2. de jure noviſſ. c. 2.* & Zypæus *notit. jun. Belg. tit. de jur. fiſc.* negant, furtum committi, aut in conſcientiam peccari ab eo, qui privatus leporem capit, qua de re diximus *l. 4. Digreſ. c. 19.* Friſii noſtri hac parte, ut in aliis, minus procul abſunt a Jure Romano. Nam Jus piſcandi & aucupandi, (exceptis avibus generoſis) apud nos commune eſt; *** venatio majorum ferarum patet omnibus, qui fundos poſſident. Ipſæ autem feræ minime ita afficiuntur, ſed quo minus fortuito captas retineamus, nihil obſtat.

24. (u) Terreſtria animalia ſunt vel fera vel

* De apibus Jure Saxonico ſatis liquido conſtitutum eſt, ſimulac ex cuſtodia noſtra dilabantur, & ad vicinum evolent, in noſtro non amplius eſſe dominio. Patet id ex WB. *art. 119. col. 120.*) §. fleucht ein Bienen-Schwarm aus eines Mannes Hoff. 2c. ibid. Denn die Biene iſt ein wilder Wurm. adeoque priori Domino, ex cujus fundo apes evolarunt, ſtatim nullum Jus vindicandi ſupereſt, ſed vel vicino, vel tertio occupanti cedunt, *d. a. 119.* Carpz. *p. 2. C. 36. D. 4.* Philip. *Uſ. Pr. Inſt. L. 2. Ecl. 5.* licet diſſentiat Hopp. *Uſ. hod. ad §. 14. I. de R. D.*

** De pœna eorum, qui feras furantur in Saxonia, videri poteſt *Conſt. El. Nov. 7.* quæ oſtendit, apud nos arbitraria, ſed non capitali pœna, eos, qui illicite feras occupant, regulariter coerceri. vid. *Appendic. Corp. Jur. Sax. p. 69. j.* LR. *L. 2. art. 61. Mand. El. d. 1603.* conf. die Lands-Ord. *d. an. 1482.* §. Es ſoll von niemands. *Corp. Jur. Sax. p. 10. ibid.* Carpz. *Prax. Crim. q. 84. n. 47. ſeq.* Unde nonnunquam pœna pecuniaria dictatur auf denen Heg-Seulen, e. g. pro lepore 10. thal. pro apro 20. th. pro cervo 30. th. Secus eſt, cum ferarum occupatio in banno ferino Electoris, der auf Churfl. gehegten und befriedigten Wildbahn ſuſcipitur, quæ in occupante laqueo coercetur. *d. Mand. d. 1603.*

*** Jure Saxon. autem Piſcatio a nemine exerceri poteſt, cui iſta licentia non eſt a Principe permiſſa. Unde *Conſt. Elect. 8.* pro diverſitate caſuum, carceris, fuſtigationis & tratto di corda, pœnam in piſcatores temerarios ſtatui jubet, de qua ultima pœna, quæ hodie minus uſitata eſt, Bergeri *Diſputat.* conferri poteſt. add. Carpz. *Pr. Crim. qu. 84. n. 85. ſeqq.* De aucupio idem ſentiendum, quod ſi illicite quis exerceat, arbitrarie punitur. vid. *P. 4. C. El. 36.* ibique Carpz. *def. 5.* adde *Mand. El. d. an. 1626.* von wegen des Vogelfanges. *Corp. Jur. Sax. p. 510. &* Landes-Ordn. *de an. 1555. tit.* von Vogelfangen. *C. S.* p. 49. unde conſtat, iis quoque, qui cum Jure aucupii inveſtiti ſunt, non licere a tempore Bacchanalium usque ad diem Bartholomæi ſuo jure uti, ſub pœna 100. Scheffel Haber & 50. florenorum. *d. M. El. d. A. 1626.* In venatione terreſtri tempus legtimum quoque obſervandum eſt. Ita apud nos terminus a quo, eſt Dominica prima aut ſexta poſt Trinitatis, dies Aegidii, terminus ad quem, Bacchanaliorum, &c. ita tamen, ut ad ferarum diverſitatem quoque reſpiciatur. *Mand. Reg. & El. A. 1702. d. 20. Sept.*

(u) *Poſ. 45. & 46.*

man-

Digitized by Google

manſueta. Fera, quæ, ut Varro ait, *naturali ſuo impetu feruntur & ruunt nullo hominum commercio manſuefacta vel imperio domita*; quod tamen in pleriſque fieri poſſe arte & induſtria, ſatis conſtat, etiam τῶν θηρίων ἀγριωτάτων, *quarum maxima eſt feritas*, ut Plutarchus ait *in lib.* περὶ παιδαγωγ. Sed piſces manſuefieri non videntur, nec de iis diſcrimen inter feros & cicures uſurpatur, διὰ τὸν τόπον οὐ διὰ τὴν φύσιν, ait Phædimus apud Plutarchum, *lib.* πότερα τῶν ζώων. *Propter locum, non propter naturam.* Porro, quæ animantia naturam habent feram, licet arte cicurentur, in ſe tamen fera dicuntur; etſi conſuetudinem quoque eundi redeundique habent, quia hæc feritatem naturæ non tollit: Verum manſuefactæ beſtiæ domitoribus ſunt propriæ, & volucres conſuetudinem evolandi revolandique habentes, etiamſi feræ adhuc naturæ maneant, tamen quamdiu retinent hunc morem, in dominio cenſentur, nec aliter capientium fiunt, quam ſi, conſuetudine aliquamdiu ceſſante, animum revertendi depoſuiſſe cernantur, ut docet Imp. in *§. 5. h. t.* Manſuetæ igitur animantes ſuos, ut res aliæ, dominos habent, quas inter gallinæ quoque & anſeres, *§. 16. h. t.* idque e contrario colligit Imperator, quia reperiuntur gallinæ quoque & anſeres feræ naturæ. Scil. gallinarum & anſerum maxima pars ſunt cicures, feri pauciores. Hinc a potiori denominatio: anſeres feros omni die habemus; gallinæ quæ ſint feræ, inter nos parum liquido dixerim; nam perdices & quibus aliis ruſtici id nomen tribuunt, in diverſam plane ſpeciem incidunt. Varro tamen *3. de R. R. c. 9.* & Columella *l. 8. c. 2.* gallinas dividunt in cohortales ſive villaticas, & Ruſticas, quæ non ita manſuetæ ſint, nec ſine cavea continentur, nec niſi ab aucupe deceptæ capiuntur. Qui gallinas & anſeres lucrandi animo detinet, is furtum committere intelligitur, ait Imp. *d. §. 16. in fin.* & contra eum, qui columbas noſtras apprehendit, *furti competere actionem*, ſcribit ex Pomponio Ulpianus in *l. 8. §. 1. Fam. erciſc.* idemque de pavone Pomp. in *l. 37. de furt.* Quæ loca argumento ſunt etiam de parvis & modicis rebus, contra quam Zaſius voluit, *2. ſing. reſponſ. 26.* furti poſſe agi. Nam & actio de vi bonorum raptorum utilis eſt, etiamſi quis unam rem licet minimam rapuerit, *princ. Inſt. de vi bon. rapt.* ſed hujus quæſtionis alia dabitur occaſio.

(w) *Poſ. 48. & 49.*

25. (w) In *§. 17.* agitur de his, quæ jure belli occupantur. *Ea, quæ ab hoſtibus capimus, jure gentium ſtatim noſtra fiunt*, ait Cæſar, & quidem *ſtatim*, ait Imp. idemque eſt in *l. 5. §. ult. de A. R. D.* nam ſi occupationis ea vis eſt, nihil impedit, quo minus capta protinus noſtra fiant, *arg. l. 1. §. 1. de acquir. poſſ.* Conſummata tamen acquiſitio non cenſetur, niſi cum res ita in poteſtate eſt, ut difficulter ab hoſte recuperari queat, quod in rebus mobilibus intelligitur, ſi intra præſidia noſtra ſint perlatæ, *l. 5. §. 1. & l. 19. §. de captiv. & poſtl.* in immobilibus, quando munitionibus noſtris ita ſunt incluſæ, ut veteres domini quod ſatis eſt, arceri poſſint, Grot. *l. 3. c. 6. §. 3.* a quo diſſentit P. Cunæus in *reſponſ. de cauſ. poſtlimin.* Porro in acquiſitione, quæ fit bello, idem procul dubio quod in omni acquiſitione, requiritur, ut quiſque rem ſuo nomine, non ut miniſter alterius, apprehendat; Nam qui ita, eum nihil ſibi; ſed totum domino quærere, translatitium eſt. Hinc qui ſtipendia faciunt, non fiunt domini rerum, quas de hoſte capiunt: ſed hæ publico cedunt, cujus nomine bellum geritur, adeo, ut peculatus rei ſint, qui prædam ſurripiunt, *l. pen. de pecul.* Hinc Scipio Maſiniſſam alloquens, qui Sophoniſben captivam ſibi habere cuperet, apud Liv. *l. 30. Syphax*, ait, *populi Rom. auſpiciis victus captusque eſt; itaque ipſe, conjux, regnum, ager, oppida, homines qui incolunt, quicquid denique Syphacis fuit, præda populi Rom. eſt.* Idque in rebus immobilibus fere ſemper obtinet, *l. 20. §. 1. in fin. de captiv. & poſtlim.* In mobilibus aliquando milites proprio nomine prædas agunt, ſi id ipſis ab Imperatore conceſſum ſit, aut in excurſionibus extra imperia & ſigna res obvias capiant, de quibus accipienda *l. 51. §. 1. de A. R. D.* ſi non potius loquitur de rebus hoſti non ereptis, ſed de hoſtilibus; quæ inter nos, oriente bello, deprehenſæ ſunt.

26. Poſtremo Imperator ea, quæ in littoribus inveniuntur & nullius ſunt, jure naturali ſtatim inventoris fieri, tradit *§. 18. h. t.* ut ſunt præcipue lapilli & gemmæ, quas diſtinguit, ut faciunt JCti in *l. 25. §. ult. de aur. & arg. l. 3. de R. D.* reprehendente Valla *lib. 6. eleg. c. 64.* qui id quidem evincit, non ſemper hoc diſcrimen ab Autoribus ſervari; at JCtos tamen uſum Linguæ ſuæ ignoraſſe, parum probabile videtur, eoſque defendit Alciatus *not. ad Vallam loco cit.* Id monitu ſupervacuum eſt, gemmam non eſſe ejus, qui pri-

Digitized by Google

mus viderit, ſed qui primus apprehenderit, (neque enim aliud eſt occupare,) quique primus poſſeſſionem nactus ſit, ait *l. 1. §. 1. de acquir. poſſ.* Etiam hoc ultro conſtat, Res aliorum deperditas in littore inventas, non fieri inventorum, ut *infra* explicabitur.

27. (x) Acquiruntur etiam occupatione res pro derelictis habitæ. Pro derelicto habitum dicitur, quod hoc animo abjectum, vel deſertum a domino eſt, ut in numero ſuarum rerum cenſeri nolit; quo facto finitur & extinguitur dominium, *§. 46. h. t.* Quicunque igitur rem pro derelicta habitam, animo ſibi habendi apprehendit, dominium ejus adipiſcitur, modo relicta ſit ab eo, qui jus diſtincte alienandi habet; quippe non dominus, rem derelinquens, uſucapiendi duntaxat conditionem transfert, *tot. tit. D. pro derelict.* Pro derelicto igitur nihil habitum cenſetur, niſi ad eo, qui & jus & animum amittendi habet. Ideo certum eſt, quam quis rem invitus amittit, eam manere in ipſius dominio. Proinde, quod non advertentibus & ignorantibus excidit, minime fit invenientium, ſed reſtitui ſub pœna furti debet, *§. ult. in fin. h. t.* etiamſi dominus ignoretur, *l. 43. §. 4. de furt.* Unde lex apud Platonem *ἃ μὴ κατέθου, μὴ ἀνέλῃ, l. XI. de LL. pr. quæ non depoſuiſti, ne tollas.* Grotius etiam *lib. 2. de jure B. & P. c. 4. n. 5.* docet, *amiſſum cenſeri id, cujus recuperandi ſpes projicitur, ut porcos a lupo raptos, & quæ naufragio amittimus, noſtra eſſe deſinere. Ulpianus* ait, *non ſtatim, ſed ubi recipi non poſſunt, id eſt, ubi nulla talis voluntatis indicia exſtant.* Sed puto, non difficile probatu eſſe, quod illa τοῦ πάνυ gloſſa, a mente Ulpiani *in l. 44. de A. R. D.* aliena ſit. Neque enim is de ſpe, vel deſperatione recuperandi loquitur, ſed docet, res a beſtiis raptas, vel in mare jactas, tamdiu manere noſtras, quamdiu recuperari poſſunt; Adeo ut gemma ab ave transvolante ablata, adhuc noſtra maneat, quia poteſt fieri ut recipiatur; etiamſi nemo facile hoc animo futurus ſit, ut hoc ſperare præſumat: idemque de ovibus a lupo raptis, adſeverate ſcribit Pomponius in *l. 8. §. ult. Fam. erciſc.* a quibus exemplis ad res e nave tempeſtatis cauſa projectas, JCtus argumentatur in *d. l. 44.*

28. Dicendum igitur, res naufragii vitandi cauſa ejectas, manere prioris domini, *(vid. l. 1. C. de naufrag.)* etſi penitus eas periiſſe credat, quamdiu hunc animum retinet, ut ſi contingat eas reperiri, cupiat ſibi habere, prout diſerte traditur in *l. 8. ad L. Rhod.* Pro derelicto haberi, quod contra animi ſententiam abjectum eſt, minime poteſt; deſperatio recuperandi, cum deſiderio habendi conſiſtere poteſt, imo hoc ſemper ei ineſſe videtur; quomodo igitur qui rem habere deſiderat, eam dereliquiſſe dicetur? Si quis ob hanc deſperationem inquirere in rem ceſſaverit, vel deſierit, eaque tamen inventa ſit, quid cauſæ eſt, cur non eam repetere poſſit? Niſi dixeris, qui annulum, vel gemmam caſu amiſſam diu quæſiverit, & tandem tædio, vel deſperatione deſtiterit, nec porro curet aut de ea cogitet, hunc, ſi inveniatur, repetere gemmam non poſſe; quod incivile & iniquum foret. Dominium, ſine cauſa, qualis hic nulla eſt, & ſine facto noſtro, in alium transferri nequit, *l. 11. de R. J.* Ulpianus in *d. l. 44.* rem meam lupo, vel avi ereptam ab alio, repeti poſſe tradit, etſi conſpectum & perſecutionem meam effugerit, conſequenter etiamſi omnem recipiendi ſpem abjecerim. Celebris objectio eſt ex *l. 43. §. pen. de Furt.* ad quam puto cum ratione dici, quod de jactu ſpontaneo, non propter naufragium, loquatur, etſi Bachovius hoc ut ineptum ſtolidumque rideat: D. Vinnius reſponſionem confirmat ex fine *d. §. 3.* ubi diſtinguitur, utrum res ſimpliciter jactu ſit, vel non. Sed & clarius idem probatur ex *§. præcedente*, in quo expreſſe de jactu voluntario agitur, idque in *§. ſeq.* continuatur. Moribus hodiernis, quid circa naufragorum bona juris ſervetur, vide accurate notantem D. Voetium *ad §. ult. Inſt. h. t.* ubi aliter explicat *d. l. 43.* Friſiæ praxin *vid. ſtat. 21. & append. pag. 57.*

Juris igitur ratione, ſi quid inventum fuerit, cujus Dominus ignoratur, id interim ab inventore cuſtodietur, qui ſi animum ſibi habendi ſumat, furto ſe adſtringit, *d. l. 43. §. 4. de Furt.* niſi poſtea intelligatur, dominum pro derelicta rem habuiſſe, tunc enim fur non eſt juridice; licet coram Deo perinde ſit reus, quam ſi nolenti res excidiſſet, *ead. l. 43. §. 5.* Contra ſi putaverit pro derelicto habitam, etſi erraverit, tamen furti innoxius eſt, *in §. 6.* Conſcientiæ igitur recte conſulet, ſi libellum proponat, vel præconis voce ſignificet, quid invenerit, paratumque ſe ad reſtituendum, *§. 8. d. l.* Reperto domino, & rem ſuam eſſe probanti, reſtituet eam, neque mercedem *εὕρετρον, μήνυτρον*, exigere debet, ſed impenſas duntaxat repetet, ut tamen præmium in-

(x) *Poſ. 50. 51. 52.*

terim

Digitized by Google

terim oblatum accipere honeſte poſſit, *d. l. §. 9.* Domino non veniente, Inventor rem retinebit, quia nemini potius competit; ſed an dominium acquiret? Cauſam video nullam, ſi derelicta non fuerit. Utique, ſi ſervando ſervari nequeat, conſumet eam, vel dabit pauperibus. Si durabilis, an derelicta præſumetur? Probabile id quidem; ſed quid ſi prior dominus poſtea ſuperveniat, juſtamque ignorantiæ cauſam probet? Neque textum, neque rationem video, quæ dominium præſtet. An ſaltem uſucapi poterit? Ne id quidem, cum & titulo & opinione dominii careat. Id expeditum eſt, ſi res dominum amplius non habeat, eum qui invenit, licet hoc ignoret, revera dominium adipiſci; ſi extet adhuc dominus, nec tamen ſe prodat, rem manere apud inventorem: eumque ſuperveniente etiam domino, ſi ab initio animum fraudandi non habuerit, bonæ fidei poſſeſſoris jure gaudere. Poſſe etiam a Lege, vel Magiſtratu, poſtquam publicis proſcriptionibus in dominium ſatis inquiſitum, præſumpta derelictione, dominium ipſimet, vel pauperibus addici, * ambigendum non videtur. Platonis enim ſententia *d. l.* XI. qui res amiſſas & publice jacentes ne quidem vult tangi, ſed numinis Itinerarii cuſtodiæ relinqui, vere Platonica, id eſt ἄπρακτος eſt, in hac injuſtitia avaritiaque hominum.

29. Prope eodem fundamento doctrina de Theſauro nititur, ut per occupationem acquiratur.

SCHOLIUM.

Magis per acceſſionem. vid. Not. ad Strauch. VI. 32. pr.

RESPONSIO.

Occupationem arguunt verba l. 31. §. 1. de A. R. D. *Theſaurus ſit ejus, qui invenerit. Pone locum eſſe nullius, totus ſit inventoris, vi ſane occupationis. In loco proprio inventus, ſit etiam totus ejus, qui invenerit,* §. 39. h. t. *non jure acceſſionis, ſed ob æquitatem naturalem, habetur in* d. §. 39. *fundatam in occupatione, quæ nullo alterius æquitatis reſpectu minuitur; qualis adeſt, ſi repertus ſit in alieno fundo, nam æquum eſt, dominum lucri ex re ſua facti participem fieri: acceſſiones ſemper habent relationem uſus & ordinationis ad res principales,* l. 19. in fin. de aur. & arg. leg. *cujusmodi nihil in Theſauro, fundi reſpectu intelligi poteſt.*

N. ADDIT.

Romani in doctrina de Theſauri acquiſitione ſæpe variarunt, cujus variationis hiſtoriam expoſuit erudite Schilterus, Ex. 45. ad Pand. §. 25. ſeqq. *Tribonianus vero, etſi Pandectis inſeruerit ſententiam Pauli, Theſauri acquiſitionem ſatis aperte referentis ad genus occupationis, in Inſtitutionibus tamen,* §. 39. Inſt. de A. R. D. *& reliquis Juſtiniani Conſtitutionibus, propius acceſſit ad acceſſionis doctrinam. Quod ſic probo: Si quis invenit Theſaurum in fundo proprio, ipſius eſt. Hic neſcias, an jure occupationis an jure acceſſionis, poterit enim ea concluſio deduci ex utroque jure. Si quis caſu fortuito in fundo alieno invenerit, dimidium inventoris eſt, dimidium domini. Hic iterum neſcias, cui dederit prærogationem Juſtinianus, an occupationi, quam allegat inventor, an acceſſioni, quam urget Dominus fundi. At ſi quis data opera invenerit theſaurum in alterius fundo, totum theſaurum acquirit Dominus, non in pœnam inventoris, (nam alias occupans in fundo alieno res nullius, etiam data opera, non obſtante etiam prohibitione Domini, tamen acquirit, ut ex primis principiis conſtat) ſed jure acceſſionis, nec enim aliud ullum jus ſubeſt. Unde miror, cur Autor in reſponſione hanc ſpeciem plane omiſerit. Ex qua tamen facile poteſt dari alia ratio, cur tamen, ſi quis caſu invenerit theſaurum, dimidium accipiat. Neque enim id ideo fit, quod æquum ſit, dominum lucri ex re ſua facti fieri participem, nam alias etiam dominus fundi deberet accipere dimidium ferarum in fundo ſuo captarum, ſed potius, quod æquum ſit, ut dominus fundi qui acceſſionem hanc ignorabat, eum participem faciat lucri, quo divina prudentia uti voluit tanquam inſtrumento innocente ipſum ditandi. Jam etiam facile reſponderi poteſt ad caſum Autoris de theſauro invento in loco nullius. Hic utique totus ſit inventoris, & quod additur, vi ſane occupationis, etiam verum eſt: Sed ſimul verum eſt, etiam jure acceſſionis; quia in hoc caſu totus fundus nullius eſt. Si igitur totum fundum occupet, theſaurum acquiret jure acceſſionis. Si ſolum theſaurum, jure occupationis, quia nemo adeſt, qui jure acceſſionis uti poſſit. Quod vero porro additur: in Inſtitutionibus haberi, theſaurum in loco proprio inventum fieri totum inventoris, ob æquitatem naturalem, E. non jure acceſſionis; non*

* Ita in Saxonia, poſtquam inventor proclamationem conſuetam procuravit, nemo vero, qui dominium deducere poſſit, intra ſex ſeptimanas comparuit, duæ partes rei inventæ fiſco, tertia inventori adjudicatur. LR. *L. 2, a. 29. 37.*

Digitized by Google

magis cohæret, ac ſi ego contra vellem inferre, ergo non jure occupationis. Quis enim dubitaret, & occupationis & acceſſionis modum niti æquitate naturali? Imo tantum abeſt, ut mentio æquitatis naturalis ibi opponatur ſive occupationi, ſive acceſſioni, ut potius veroſimile ſit, eam reſpicere ad leges præcedentium Imperatorum, theſauros fiſcis indiſtinctè vindicantes. Denique falſum eſt, quod Autor dicit, acceſſiones ſemper *habere relationem uſus & ordinationis ad res principales: neque iſtud dicit allegatus textus. Nam quin præterea & pars naturam acceſſorii habeat in relatione ad totum tanquam rem principalem, nemo dubitat. Atqui theſaurus, cujus dominus ignoratur, in fundo abſconditus, eſt pars fundi.*

(y) Eſt autem nihil aliud Theſaurus, quam vetus quædam depoſitio pecuniæ, cujus non extat memoria, ſic ut jam dominum non habeat, *l. 31. §. 1. de A. R. D.* Per pecuniam quævis intelligi mobilia, probatur ex *l. un. C. de Theſaur. l. 10.* ubi; *condita ab ignotis dominis tempore vetuſtiori mobilia,*. quomodo theſaurum Leo definit. Plane ſi dominus pecuniæ illius, vel nullus, vel plane ignotus ſit, naturalis ratio monſtrat, eam non poſſe quam invenientis fieri. Alias certum eſt, quod Hotomannus ad *§. 39.* notat, *non omnes defoſſas abditasque pecunias, huic legi jurique ſubjectas eſſe*, quam in rem ſubducit ac illuſtrat ſpeciem *l. 67. de R. V.* Proinde ſi quis dominii ſui fidem faciat, huic non magis theſaurus, quam aliæ res amiſſæ, negari poſſunt, *l. 31. in fin. §. ult. h. t.* Eamque ob cauſam ex Platonis ſententia oraculum erat conſulendum, *d. lib. XI. de Leg. princ.* Ἡ πόλις, inquit, εἰς Δέλφους πεμπέτω, καὶ ὅ θεὸς ἀναιρῇ περί τε τῶν χρημάτων καὶ τοῦ κινήσαντος, τοῦτο ἡ πόλις ὑπηρετοῦσα ταῖς μαντείαις δράτω τοῦ θεοῦ, *Civitas mittat Delphos, & quicquid Deus reſponderit de theſauro & qui amovit eum, id civitas vaticiniis obtemperans, facito.* Verum ſi dominum jam non habeat theſaurus, ut ponit *d. l. 31. §. 1.* tunc ita juris eſt; Qui in ſuo fundo, ſeu caſu ſive induſtria reperit, is totum facit ſuum. Qui in alieno data opera, totum domino terræ reſtituet; ſed qui caſu fortuito, partem dimidiam ſibi retinet, alteram domino fundi præſtare debet, *d. l. un. & hoc §. 39.* Sed Theſaurus magicis artibus inventus, a fiſco vindicatur, *d. l. un.* Quanquam Bodinus in *dæmonomania ſua* negat, diabolum habere hanc poteſtatem, ut ſervis ſuis theſauros præſtet, multisque oſtendit exemplis, magos id operam dantes, fuiſſe vel deluſos, vel terribiliter repulſos, prout ſane pleroſque huic infelici artificio deditos cum paupertate colluctari, aut minime profecto diteſcere videmus.

30. *Porro* etſi theſaurus ut res Nullius conſideretur, non tamen, ut dictum, totus invenienti cedit, quemadmodum res aliæ Nullius; ſed domini fundorum vocantur in partes, quod ſecus eſſe in feris beſtiis, aliisque rebus quæ occupantur, intelleximus. Beſtiæ enim, quæ vagantur, nullo reſpectu magis ad agri, in quo ſunt, dominum, ac alium quemvis pertinent, ut nec cætera in ſuperficie ſoli reperta. Sed theſaurus magis afficit fundum, e cujus viſceribus eruitur, in quo tot annos reconditus latuit, nec tantum fortunæ vel induſtriæ, ut reliqua occupata, ſed & loci beneficium videtur; cui præſumptio accedit, quod ab anteceſſoribus præſentis poſſeſſoris reconditus videatur. Imo quod magis eſt, cum feræ aliaque in terris alienis capta, licet ſtudio, dominoque invito, capientis omnino fiant, theſaurus in tuo agro a me data opera quæſitus & repertus, tibi totus cedit, *d. l. un.* Sed cur non & hic inveſtigationis peccatum punitur, ut tamen dominii acquiſitio procedat, quemadmodum *ſupra* toties audivimus? Nempe, non cuilibet peccato id indulgendum, ut auctori ſuo, licet alio reſpectu, juris effectum tribuat. Longe differt ingreſſus in fundum alienum, ac perſecutione ſubterranea & effoſſione a everſione fundi alieni. Domini autem fundorum omnes intelliguntur, qui vere tales ſunt, ſeu privati, ſive etiam Reſpubl. vel Cæſar, aut Fiſcus, quibus nihilo plus juris quam reliquis tribuitur, *d. §. 39. h.* quod moribus Europæ eſt aliter, quibus promiſcue omnes theſauri fiſco vindicantur, teſte Grotio *lib. 2. c. 8. n. 7. de J. B. & P.* quanquam de jure Saxonico * aliter Treutlerus teſtatur *vol. 2.*

* Ita eſt omnino. Nam licet ex verb. L. R. *L. 1. art. 35.* Alle Schätze unter der Erden begraben, tieffer denn ein Pflug gehet, gehören zu der Königlichen Gewalt. nonnulli omnes theſauros ad fiſcum pertinere velint, v. Reinh. *diff. Jur. Sax. p. 6. diff. 13.* Zobel. *p. 2. diff. 62.* Conſtitutio tamen Electoralis *53. p. 2.* aliter hunc textum explicat, & ad ulteriora verba: Silber mag auch kein Mann. *d. art. 35.* reſpiciendo, ad auri

(y) *Poſ. 53. & ſeqq.*

diſp.

diſp. 2. th. 2. lit. G. & noſtro Friſiorum jure nihil hac parte mutatum reperitur, ſed juris civilis obſervantia viget. Cæterum domini appellatio ſtricte hic ſumitur, ut etiam maritus in dotali fundo, licet revera dominus, repertum theſaurum reſtituere debeat, *l. 7. §. 12. Sol. matrim.* Multo minus pro dominis habendi, qui alios agnoſcunt dominos, dum ipſi fructus & emolumenta habent; neque enim in fructu theſaurus eſt, *l. 63. §. 3. h. t.* proinde, an Emphyteuta pro domino habendus, quem abuſive talem dici, probavimus *ſupra n. 13?* Rationes, quibus pro Emphyteuta Dd. moventur, habet Schneidew. *ad §. 39. h. t.* quas refutat D. Wiſſenbach. *p. 2. ad ff. diſp. 18. th. 14.* alibi videbimus, *adde ſis* Vinn. *h.* Atque ita juris eſt, ſi theſaurus in loco proprio vel alieno repertus ſit; Quæſtio de iis ſupereſt, qui in ſacro vel religioſo inveniuntur; In *d. §. 39.* ſecundum Hadriani Edictum & Naturalem æquitatem, toti ad inventorem pertinere dicuntur; Nam quia ſacra in Nullius dominio ſunt, ſequitur, ſolum occupationis jus ſupereſſe, quo res inventori addicatur. Tamen *lex 3. §. pen. de jure fiſc.* theſaurorum in locis ſacris repertorum, partem dimidiam a Fiſco auferri tradit. Cujus rei deſperatam conciliationem habent plerique citati a D. Wiſſenbachio *diſp. 10. ad Inſt. th. 34.* ubi tamen quod Hotomannum inter conciliatores recenſet, aliter liquet ex comment. *ad d. §. 39.* Scilicet, ſacra loca & religioſa, proprie loquendo Nullius omnia ſunt, tamen ratione finis & uſus quædam eſſe privata, quædam publica, diximus *ſupra.* De illis agitur in *l. 5. & ſeq. de Relig.* ubi familiaria & hereditaria ſepulchra; de his Aggenus Urb. *in lib. de limit. agr. Sunt,* ait, *in ſuburbanis loca publica, inopum deſtinata funeribus, quæ loca Culinas appellant.* Jam quid vetat *d. l. 3. §. pen.* de hiſce, at *§. 39.* de privatorum ſepulturis & ædibus intelligi, ut in illis Fiſcus jure dominorum utatur, quod privatis non tribuatur? neque enim inſolitum, Fiſco aliquid prærogativæ adſcribi. vid. D. Vinn. *hic.*

31. Denique miſſilium acquiſitio ad occupationem referenda videtur. Plerumque in traditione, tam acquirentis quam cedentis perſonam debere certam eſſe, res loquitur; fieri tamen poſſe, ut incertæ perſonæ dominium quæratur, docet Imp. exemplo miſſilium, quæ hoc animo jaciuntur, ut quod acceperit quiſque, proprium id habeat, *§. 45. h.* nec ſcrupuli quicquam eſt, quo minus juſta illa traditio videatur, quia voluntas ſpargentis & apprehendentis eſt perſpicua, licet præcedens deſtinatio vaga atque incerta fuerit. Conſules atque Prætores miſſilia ſpargere ſolitos narrat Imperator, idque ut Theophilus addit, *ἢ ἐν ταῖς προσελεύσεσιν, ἢ ἐν ταῖς θέαις, in proceſſibus, aut in ſpectaculis.* Qui ex veteribus Rom. magiſtratibus corrumpendæ plebi ſe dabant, generoſius patrimonia ſua effundebant, ludis ad miraculum ſumptuoſis, viſcerationibus, epulis, pecuniis univerſo populo viritim ſine fine modoque præbendis. Auguſtus, ſubacta plebis licentia, fere primus legitur jocandi cauſa privatim obſonia, poma & res miſſiles ſparſiſſe diripiendas, apud Sueton. *in Octav. c. 98.* aliquando etiam *σύμβολα εἰς τὸ θέατρον ἔρριψε, in theatrum ſymbola ſparſit,* teſte Dione *lib. 49.* De Caligula vid. Sueton. *cap. 18.* Item Nero, qui ſparſit *teſſeras frumentarias, veſtes, aurum, argentum, gemmas, margaritas, tabulas pictas, mancipia, jumenta, manſuetas feras, noviſſime naves, inſulas, agros,* per teſſeras ſcilicet. Apud Græcos idem a Magiſtratibus factitatum, ex prohibitione Marciani colligitur, in *l. 2. C. de Conſ.* & conceſſione ſpargendi argenti a Juſtiniano facta, *Nov. 105.* tertiaque prohibitione Leonis *Nov. 94.* Scilicet, hæc miſſilia ſparſa in vulgus fiunt occupantium, ut docet Imp. *in §. 45. h. t.* quanquam & ad traditionem, quæ fit in perſonam incertam, eorum acquiſitio referri poteſt, ut fit *in d. §. 45.*

DE ACCESSIONE.

32. (z) Secundus modus acquirendi Dominii, eſt *Acceſſio*, qua res una principalis, trahit alteram ut ſibi junctam, & quaſi partem ſui. Eſtque duplex; *Naturalis* vel *Artificialis.* Naturalis, quam natura; Artificialis, quam homo facit ad Rem. Naturalis exempla ſunt in fœtura animalium, Alluvione, Avulſione, Inſula in flumine nata, & mutatione alvei. Fœturam quod attinet, Jus Romanum hoc tenet; Dominum fœtus eum eſſe, ad quem pertinet animal, ex quo eſt editus, partum ſequi genitricem, non genitoris Dominum, tam in ſervis quam beſtiis, *§. pen. I. de jur. perſ. §. 19. h. l. 6. h. t.* At ſcru-

argentique fodinas reſtringit. v. Heig. *p. 1. qu. 13. n. 55.* Moller. *ad d. C. n. 2.* Quam interpretationem temere ſugillat Bachovius *ad Treulerum*, cui reſpondit Carpzov. *ad d. C. def. 4.*

(z) *Poſ. 58. & ſeqq.*

pulum

pulum facit, quod fœtus animalium ſint res ſeparatæ, nec pro acceſſionibus genitricum habendi videantur, per *l. 3. de pecul. leg. l. 63. de Leg. 1.* ubi Celſus falli arguit Servium, qui partum ancillæ acceſſionem ejus putabat. Doctores hanc ob cauſam duplicem faciunt acceſſionem, diſcretam, & continuam. Diſcretæ exemplum ponunt in genitura, quia quod natum, a ventre ſeparatum eſt. Verum dici poteſt, Fœtus acquiſitionem non tum ſpectandam eſſe, cum in lucem eſt editus, ſed ubi conceptus & adhuc in ventre ſitus eſt, quo tempore pars genitricis & *pars viſcerum* vocatur in *l. 1. §. 1. de ventr. inſpic.* & procul dubio acceſſionis loco habetur, eſtque in dominio ejus, qui jus habet in ventrem, quod ita inchoatum & acquiſitum, non poteſt tum deſinere, poſtquam fœtus, cura ſumptuque domini ab utero ſeparatus eſt. Libertas aut ſervitus competere incipit fœtui, dum adhuc in viſceribus eſt, *tit. I. de ingen.* & jus patriæ poteſtatis acquiritur in filium aut nepotem, ſtatim atque conceptus eſt, necdum natus, *§. pen. I. Quib. mod. Patr. Pot. ſolv.* Ideoque nulla cauſa eſt, cur non æque dominium fœtus ante nativitatem exiſtat; quod etiam venditione animalis in alium transferri poteſt ac ſolet. Aliter philoſophatur Grotius *lib. 2. c. 5. §. 29. & cap. 8. n. 18.*

33. (a) Sequuntur duæ Acceſſionis ſpecies; Alluvio & Avulſio. Quarum illa eſt incrementum latens, (proprie cauſa incrementi) quod mare vel flumen agris inſenſibiliter adjecit, *§. 20. h.* Et quanquam particulæ iſtæ plerumque aliorum terris abraſæ aliis affluant, juxta illud *Lucani; Illos terra fugit dominos, his rura colonis Accedunt, donante Pado,* quod & in mari experientia teſtatur; quia tamen ignoratur, unde venerit, ideo pro *nullius* habentur, iisque acquiruntur, quorum fundis ſunt adjectæ & quorum partes ſunt factæ, eorumque jus & conditionem in omnibus ſequuntur, vid. Balduin. *hic.* Grotius tamen *l. 2. c. 8. §. 12.* naturaliter alluvionis lucrum pertinere ad eum docet, cujus eſt flumen & alveus, cum & ripam ejusdem eſſe, ſtatuat in *§. 9. d. cap.* Proinde, quod privatis alluvio adſcribitur, id niti præſumpta conceſſione populi, qui eſt dominus fluminis. Quæ præſumptio ceſſat in agris limite certo diſcretis, vel menſura expreſſa comprehenſis, quibus ultra eum limitem vel menſuram, nihil incrementi conceſſum videtur, *l. 16. h. t. l. 1. §. 6. de flumin.* dum tamen ſciamus, non ubicunque menſuræ aliqua fit mentio, ita juris eſſe; nam ſi poſſideantur agri ſimpliciter usque ad mare vel flumen, tum alluvio obtinebit, etſi venditores numerum aliquem jugerum profiteantur; modo adjectum ſit, ut apud nos fit, *ſeu plus ſeu minus in corpore agrorum extet:* atque id ſervari puto, in oceani incrementis, quæ in ſeptentrionali littore Friſiæ extra publicos aggeres luculentæ ſunt. Cæterum, in lacubus & ſtagnis Jus alluvionis non agnoſcitur, ait Calliſtratus in *l. 12. h. t.* addita ratione, quia, etſi creſcunt & decreſcunt, retinent tamen ſuos terminos; cum quod per æſtatem ſit aridum, hyeme rurſus inundetur; ob hanc inconſtantiam, in iis nullam acceſſionis vel deceſſionis rationem habendam, monet Alfenus in *l. 24. §. ult. de aqua pluv.* Indicare tamen illa ratio videtur, ſi quando in lacu publico, vera, conſtans & durabilis alluvio fiat, ut experientia teſtatur fieri, idem juris in iis eſſe, quod in fluminibus, idque de noſtris in Friſia lacubus, qui non minus ſunt perpetui quam flumina, omnino dicendum videtur; Unde D. Sandius *lib. 5. tit. 2. defin. 2.* de lacubus & de fluminibus promiſcue & eodem jure, quoad alluvionem & exſiccationem, loquitur.

34. Avulſio eſt incrementum, (ſive cauſa incrementi,) quo vi maris vel fluminis, pars alieni agri noſtro palam adjicitur; quæ cum in dominio maneat, nihil obſtat, quo minus ea vindicari poſſit, *§. 21. h. t. l. 5. §. 3. de R. V.* quod multo magis de rebus aliis inundatione in agros aliorum delatis, ſtatuendum, quæ ſe nullo modo ut acceſſiones habere poſſunt. Quo pertinet, quod Trebatius refert, apud Ulpianum in *l. 9. §. 1. de dam. inf. Cum Tiberis abundaſſet, & res multas multorum in aliena ædificia detuliſſet, interdictum a Pratore datum, ne vis fieret dominis, quo minus ſua tollerent, auferrent:* ſua tollere, auferre, jus vindicandi ſatis arguunt. Idem tamen Ulpianus in *l. 4. §. 2. de reb. cred. Ea, quæ vi fluminum importata ſunt,* inquit, *condici poſſunt.* Cur *condici*, cum dominium manſerit? tunc enim nulla condictio eſt, *§. 14. I. de action.* Aut igitur *condicere*, hic generaliter agere vel petere ſignificat, ut Balduinus *hic;* aut dicendum, res importatas in *d. l. 4.* fuiſſe tales, in quas alioqui ante inundationem poſſeſſori condictio ſaltem, non vindicatio compete-

(a) *Poſ. 61. & ſeqq.*

bat;

Digitized by Google

bat; vel potius, quod loquatur de terra alterius agro adjecta, quæ coaluit: hanc condici poſſe, id eſt, pretium ejus peti, qua alterum locupletari mea cum jactura, par non ſit. Ubique enim in hac materia, is, cui dominium decedit, actionem pro indemnitate pretioque retinet, *§. 26. h. t.* Idque etiam hic obtinere, poſtulat æquitas, etſi ſcrupulum moveat D. Vinnius. Nempe igitur, ubi pars alieni agri per avulſionem meo fundo adjecta coaluit, ſic ut fruſta diſtingui nequeant, tunc mutari dominium mihique partem avulſam acquiri, notum eſt ex *d. §. 21.* Coalitio autem facta dicitur, cum nova pars unitatem cum terra noſtra fecit, ut ab ea diſtingui nequeat, *l. 9. §. 2. de damno inf.* cujus rei argumentum habemus, ſi arbores una avulſæ, in meum fundum radices egerint, *d. §. 2.* quæ tamen nota minime ſemper exigi poteſt, cum nec agri omnes ferant arbores, neque hæ in extremitate partis adjectæ, ut radices ad alteram pertingant, ſemper poſitæ reperiantur. Cæterum de avulſione, quæ fit vi maris vel fluminis, hactenus nobis ſermo eſt, cujusmodi exempla non deſunt in hiſtoriis. An idem erit, ſi qua terræ motu contingat, quod rarum? Mirabile exemplum habet Bakerus *hiſt. Angl. in Eliſab. cap. de memorab.* Anno 1571. *die 17. Febr.* montem cum agro viginti jugerum in Comitatu Herefordenſi, ſublatum actumque per aërem eſſe, cum arboribus & pecudibus per 36. horas, donec ſubſiſteret. Quæri poterat, utrum is ager prioris domini fuerit, an ejus, cujus fundo incubuerat, quod verius videtur; niſi juxta aliorum prædia in aqua ſubſtitiſſet; tunc enim a priore vindicari poſſet. Simile miraculum poſtea contigit anno 1583. in Comitatu Dorſetenſi, cum campus trium jugerum eodem modo translatus eſt, ut idem auctor *eodem loco* refert. Idem *in Henrico I. cap. de memorabil.* refert, apud Inſubres itnegrum pagum terræ motu fuiſſe transpoſitum.

35. (b) Sequitur de inſulis novis & primo de his, quæ in mari naſcuntur, quæ ſunt rariſſimæ; etſi quædam exempla Plinius habeat, *l. 2. c. 85. & ſeqq.* adde Jonſton. *Thaumatogr. l. 2. Claſſ. 2. cap. 8. art. 1.* quanquam Vir Clariſſimus P. V. *ad hunc §.* minime raras, ſed frequentes ejusmodi inſulas eſſe ſcribit, quod res, & dies, & experientia non admittit, neque ratio, cum ea ſit violentia maris & vis reciprocantis æſtus, ut coalitionem materiæ ad inſulam congregandam aptæ, difficulter admittat. De his autem, ſi naſcantur, expedita deciſio eſt, quod ejusdem juris cum Mari ſint & occupantium fiant, *§. 22. h.* eadem ratione, quam in cæteris rebus Nullius ſupra vidimus. In fluminibus inſulæ frequenter naſcuntur, ut Juſtinianus teſtatur; Pomponius tres modos recenſet in *l. 33. §. 2. h. t.* Primus, *cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit;* ſed hoc caſu proprietas non mutatur, cum ager ſalvus maneat, tam quoad ſuperficiem, quam fundum, ut & in fine *d. §. 22.* habetur. Alter modus, cum locum, qui alvei fuit, flumen relinquit ſiccum, & circumfluere cœpit. Tertius, cum paulatim colluendo locum eminentem ſupra alveum fecit, & eum alluendo auxit; qualis fuit origo inſulæ Tyberinæ ex frumento Tarquinii de campo Martio defecto, ut ſcribit Livius *lib. 2.* His duobus modis inſula fit eorum, qui prope ripas prædia poſſident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quatenus fluvio prætexitur, non habita ratione transverſæ latitudinis, qua introrſus protenditur. Cui autem lateri propinquior inſula eſt, in eo qui agros habent, ſoli inſulam acquirunt; ſi in medio ſita eſt, communis eſt eorum, qui utrimque prædia poſſident, *d. §. 22.* ſi dubitetur, dimenſioni locus erit, *l. pen. §. pen. de A. R. D.* * Hæc ita, niſi agri ſepto vel menſura limitati fuerint, ad quos non magis inſula quam alluvio pertinet; quin hoc caſu inſulam occupantis fieri, auctor eſt Ulpianus in *l. 1. §. 6. de Flumin.* Quod ſi inſula ſit, quæ non ipſi alveo fluminis cohæret, ſed virgultis ſuſtentata fluitat, nec ſolum tangit, (vide Plinium *l. 5. c. 95.*) hæc pars fluminis & publici juris habetur, *l. pen. §. 2. d. t.* Quod rationi magis convenit, quam ut occupantis fiat; nec dubitandum, quin & naturaliter, etiam in ſpecie *d. l. 1. §. 6. de flumin.* inſula publici juris cenſeri debeat, ut eſt ipſum flumen, non ſaltem quod ad uſum, ut videtur velle Paulus in *d. l. pen. §. 1.* ſed & ipſam proprietatem.

36. Præterea volunt JCti, Alveum derelictum

* In Albi naſcituras inſulas, ſibi reſervavit Legislator Saxoniæ Electoralis *D. Auguſtus, Reſcripto ad Quæſtorem Vitembergenſem an. 1563.* emiſſo, quod exhibet Zieglerus *de Jur. Maj. l. 2. c. 15. §. 27.* Alias Jure Saxonico Juris Civilis diſpoſitio adhuc obtinet, quam confirmat *L. R. L. 2. art. 56.* vid. Carpzov. *p. 3. C. 31. d. 13.* Huber. *ad §. 21. Inſt. h. t.* conf. *Noe Meurer* vom Waſſer-Recht *P. I. pag. 7. n. 9.*

(b) *Poſ. 65. & ſeqq.*

eſſe eorum, qui prope eam ripam prædia poſſident, *ut de inſula dictum.* * Is autem ager, quem flumen mutato curſu in Alvei formam excavavit, pars fluminis eſt, adeoque juris publici cenſetur, *§. 23. h.* Si contingat, fluvium, repetito priori alveo, foſſam recentem, quam fecerat, renudare, tunc iterum dicimus, accolas habere idem jus, quod habere ſolent in alveos exſiccatos: Prioris autem domini proprietas jam extincta, non reviviſcit, etſi ratio humanitatis ipſi potius, quam extraneis, favere videatur; unde Theoph. hic aperte inter jus ſtrictum & æquitatem, τὴν ἀκρίβειαν & φιλάνθρωπον λογισμὸν, diſtinguit. Sed Imperator præciſe vicinitatis jus ſequitur, in *d. §. 23.* Cajus vero æquitatem præferre creditur, in *l. 7. §. 5. h. t.* Diſtinguit is, utrum fluvius agrum alicujus totum occupet, an medium perrumpat. Si hoc, tum nihil eſt ſcrupuli, cum prior Dominus etiam ſit vicinus. Non exprimit Cajus hoc diſtinctionis membrum, ſed innuit, dum mox ait, *Cujus tamen totum agrum alveus occupaverit &c.* eoque caſu clare diſtinguit; *Stricta ratione*, inquit, *is cujus ager fuerat*, nihil *in eo alveo habere poteſt;* In fine ſubjicit, *ſed vix eſt, ut id obtineat*, hoc eſt, uſu hominum iſte rigor juris non frequentatur.

37. Alia diſtinctio ſuppeditatur a Pomponio & Alfeno, in *l. 30. §. 3. & l. 38. h. t.* in qua videtur acquieſcendum: ſi flumen, repente eodemque impetu receſſerit ex novo alveo in priorem, tunc reſtitutus alveus a domino recuperatur, *l. 30.* quam non modo de inundatione, ut *Grotius*, ſed & alvei mutatione loqui, e *fin. d. §. 3.* intelligitur; quod ſi paulatim & minutatim retro abierit, vicinis acquiritur, *l. 38.* ita ut illa brevis alvei mutatio inundationi adſimuletur: hanc enim fundi ſpeciem eſſe, & proinde dominium non mutare, docetur in *§. 24. h.* (c) Eſt quippe præter naturam & ſolitum aquæ fluxum inundatio, ideoque brevi intra terminos ſuos redditura ſperatur, agro in priori ſpecie relicto, cum alvei mutatio, fundum & excavet, & ſtabilito fluminis curſu, comparata ſit ad perpetuitatem. Atqui Pomponius in *l. 23. Quib. mod. uſusfr. amit.* ſi ager flumine vel mari inundatus fuerit, & uſumfructum, & proprietatem amitti ſcribit. Non loquitur, ait D. Vinnius *hic*, de ſimplici inundatione, ſed cum flumen, deſerto alveo, totum impetuoſe in agrum alicujus perrumpit, quaſi novum alveum quærens: at hæc reſponſio non convenit inundationi maris, de qua textus perinde loquitur. Balduinus aliique, proprietatem non penitus, ſed fructu & effectu tenus amitti dicunt; Receptior diſtinctio eſt inter gradus inundationis, ut levis & brevis non mutet dominium, gravis & diuturna mutet, quod tamen juris eſſe naturalis, negat Grotius *d. cap. 7. §. 10.* Forte Balduini reſponſio præferenda fuerit. De poſſeſſione & uſufructu ſimpliciter juris eſt, ut per inundationem extinguantur, ſed recedente aqua, reſtituantur, *l. 3. §. 17. de acquir. poſſ.* Mores hodierni præſcriptionem receperunt, ut ſi ager toto decennio merſus fuerit, pro derelicto habitus & amiſſus cenſeatur, niſi dominus poſſeſſionem aliquo actu continuaverit, qualis etiam piſcatio eſt, licet per eam jure Romano fundi aqua operti poſſeſſio retinere nequeat, *d. l. 23. & l. 3. §. 17.* Idem in Hollandia ſervari de agris harena littorali opertis, & in ſimilitudinem littorum redactis, teſtatur Grotius *l. 2. Jur. Holl. cap. 9.* poſt lapſum ſcil. decennii; nec a juris civilis ratione id abhorrere videtur. De fluminum inſulis hodie fere ſic juris eſt, ut ſint publicæ & principi cedant, niſi quod in Geldria aliiſque locis, vicinorum occupantium fiant; ſed ritus occupandi ſuavis eſt; oportet enim vehiculum fimo oneratum per vadum in inſulam agere, ibique cantharum vini aut cereviſiæ ebibere, Grot. *d. cap. 8. §. 14.* Coris *adverſ.* 4. 24. P. Voet. *hic.* In agro Putteno, ubi vicinus gladio ſuo inſulam contingere poteſt, dominium ipſi acquiritur, Grot. *2. Jur. Holl. c. 9. in fin.*

38. (d) Acceſſionis artificialis exempla ſunt in *§. 26. 27. & ſeqq.* In priori agitur de eo, qui purpuram alienam ſuo veſtimento adtexuit, quem fieri dominum purpuræ, per conſequentiam veſtis, etſi pretioſior ſit purpura, docet Imp. & ratio juris, quæ dictat, acceſſionis reſpectum non referri ad diſparitatem pretii, ſed ad rem, cujus ornandæ cauſa fuit comparata, *l. 19. §. ult. de Aur. arg. leg.* Jam ſatis conſtat, Purpuram alienæ veſti junctam, a dominio ſine dubio amitti, tantiſper dum juncta manet, ea vero ſeparata, dominium reviviſcit & vindicari poteſt, ut de tigno ædibus juncto videbimus *infra*, licet aliter

* Idem jure Saxonico receptum, Landr. *L. 2. art. 56.* Cæpoll. *d. Servit. ruſt. præd. cap. 34.* Carpzov. *P. 3. C. 31. d. 14.*

(c) *Poſ. 67.* (d) *Poſ. 69.*

in his

in his, quæ per ferruminationem conſolidata ſunt, habeatur in *l. 23. §. 5. de R. V.* de cujus tamen exceptionis ratione, merito dubites. Porro quamdiu res conjuncta manet, contra bonæ f. poſſeſſorem dabitur actio in factum pro pretio, quatenus ei cum alieno damno lucrum facere non licet. Quod ſi fur alienam purpuram, aut aliud quid ſuæ veſti junxerit, hic primo tenetur furti actione pœnali, tum condictione furtiva, quæ etſi domino tantum competat, *l. 1. de cond. furt.* tamen in hac ſpecie datur & ei, qui cum res ſurriperetur, dominus fuit, *d. §. 26.* Præterea, cum purpura ſeparari queat, agere poteſt dominus ad exhibendum ſeparandumque, ut purpuram ſeorſim exhibitam vindicare ſuo commodo poſſit, prout de ſimilibus traditur in *l. 6. l. 7. §. 1. & l. 9. §. 3. ff. ad exhib.* Ex quibus apparet, forenſe momentum in hujus rei interpretatione, non eſſe adeo magnum. Fit ſane, qui jungit aliena ſuis rebus, eorum dominus; at quorſum? Si bona fide ſit, tenetur ad pretium, ſi fur ſit, inſuper duplum præſtat: quin ipſa res & dominium, ei poteſt extorqueri, levi circuitu facto per actionem ad exhibendum.

39. (e) Sequitur ædificatio in *§. 29. & 30.* de qua regula traditur; *Quod ſolo inædificatur, ſolo cedit*, idque tam naturali, (diſſentiente iterum Grotio *d. cap. 8. lib. 2. §. 21. de J. B. & P.*) quam civili jure, ut Cajus affirmat in *l. 2. de ſuperfic.* Ideo qui ex aliena materia in ſuo fundo ponit ædificium, ipſe ejus intelligitur dominus, non quia ædificavit, ſed quia ſolum ipſius eſt. Sed ecce ſubtilitatem juris Romani; quanquam domus cedat Domino ſoli, tignorum tamen & lapidum omniſque materiæ dominium, ille non conſequitur, ſed hæc prioris domini manent, *hoc §. 29. l. 7. §. 11. h. t.* Sunt enim res diverſæ, ædificium, & cæmenta, tigna aliæque res, ex quibus ædes conſtant, *l. 7. §. 2. de except. rei jud.* unde qui domum poſſidet, ſingulas res poſſidere non intelligitur, & qui uſucepit eam, is ad materiam ædium reſolutarum uſucapiendam, novi temporis indiget, *l. 23. pr. & §. ult. de uſucap.* atque ita non offenditur Regula *l. 5. §. ult. Commod.* quæ negat, duorum ejuſdem rei in ſolidum poſſe dominium vel poſſeſſionem conſiſtere. Porro, Dominium materiæ a lege ita cohibitum eſt, ut ædificii dominium non deſtruat, neque turbet. Hinc nemo ſua tigna alienis ædibus juncta, ſtante ædificio, vindicare poteſt, neque ad exhibendum de iis agere, quia Lex XII. Tabb. ne ruinæ adſpectum urbis corrumpant, *l. 2. C. de ædif. priv.* id prohibuit, *h. §. 29.* idemque de vineis traditur in *l. 1. de tigno junct.* Ne tamen dominus tigni injuriam queri poſſit, datur ei actio, per quam non modo pretium, ſed & omne id quod intereſt conſequitur, actione in factum in duplum, *d. §. 29. & l. 1.* niſi forte tignum ita ſit junctum, ut ſine ruina vel gravi detrimento eximi queat; tunc enim nulla eſt ratio, cur non ædificator eximendo tignum, ſi deterius non ſit, liberare ſe poſſit. Nam quod Lex XII. Tab. dicitur *non permittere* tignum ſolvi aut vindicari, id reſpectu domini tignum repetentis intelligendum; de ædificatore cavit eadem lex, ne is tignum eximere *cogatur*, *ne* ædificia reſcindi *neceſſe ſit*, *§. 29. h.* Cujuſmodi verba non inferre quidem neceſſario licentiam *ſi velit*, alibi oſtendimus; tamen ubi nullæ ſunt rationes in contrarium, a naturali ſignificatione verborum, quæ facultatem ſupponit, non eſt recedendum. Actio igitur in duplum conſtituta eſt in favorem ædificantis, ne is domino rem vindicare volenti cum ſtrage domus ſuæ parere cogatur; ſed redditionem ipſius rei, præſtando duplum loco ejus quod intereſt, evitare poſſit: vide ſis Ræverd. *c. 23. ad L. XII. tabb.* Igitur quicunque non poteſt cogi ad ſolvendum tignum, neque id ſolvere vult, is tenetur in duplum, *l. 23. §. pen. d. R. V.* atque ita non is tantum, qui mala, ſed & qui bona fide junxit, *cui propter optionem, de qua diximus*, injuria non fit; etenim ſolvat atque reddat tignum, ſi gravari ſe putet. Idque textus evincunt in *d. §. 29. l. 23. §. pen. & l. 7. §. 10. h. t.* Nec aliud eſt in *l. 98. in fin. de Solut.* Lex XII. T. *tignum ædibus junctum vindicari poſſe ſcit:* hoc eſt; Novit dominum ſuo jure poſſe tignum repetere; *Sed interim id ſolvi prohibuit;* cum id ſciret, jus illud domini impedivit; *pretiumque ejus dari voluit*, juſſit dominum eſſe contentum æſtimatione tigni, & quidem, ne conqueratur, duplum indulſit; non prohibet dominum reddere tignum, quod facturus non eſt, ſi abſque ruina ædium ſolvi nequeat.

(e) *Poſ. 70. & ſeqq.*

SCHOLIUM.

Satis quidem erudite pro hac ſententia diſputat Auctor in prælect. *Sed his tamen non obſtantibus, retinemus adſertionem contrariam, per dicta ad* Strauch. VI. 45. p. 77. *Momentum controverſiæ in eo conſiſtere videtur, an ſolutio tigni*

Digitized by Google

in l. 6. D. ad Exhib. & in l. 98. in fin. de Solut. *prohibita, ſpectet ad actorem, an ad reum. Ad actorem ſpectare, putat noſter* d. l. *Sed ad reum ſpectare, innuit, ni fallor,* l. 1. pr. h. t. *ubi Ulpianus: Lex XII. T. neque* (reo) *ſolvere permittit tignum ædibus, vel vincis junctum, neque* (actori) *vindicare.*

RESPONSIO.

Si ab hujus L. interpretatione res pendet, facilis expeditio eſt. Lex XII. T. prohibuit ſolvere tignum ædibus junctum actione ad exhibendum, qua hoc petit actor, ut clare docet l. 6. ff. ad Exhib. *& per eandem vetat directe tignum vindicari; reliqua jam dicta dicendo non repetimus.*

N. ADDIT.

Ego vero hanc explicationem non intelligo: Lex XII. Tabb. prohibuit ſolvere *tignum actione ad exhibendum, qua hos petit actor, ut clare docet l. 6.* ad Exhib. *Verum eſt, docet id* d. l. 6. *quod hoc petat actor. Sed non docet, quod petere ſolutionem & ſolvere, ſint unum idemque, &, quod prohibitio ſolutionis ſit eadem cum prohibitione petitionis ſolvendi, quod erat in quæſtione. Ergo potius proderit addere dicta, ad quæ provocat Scholium.* Dixeram ad Strauchium, *(qui etiam putat, b. f. poſſeſſorem poſſe liberari eximendo tignum.) Potius negatur quæſtio, quia verba l. 12. tabb. ſunt probibitiva.* l. gemina 6. verſ. aliter. ff. ad exhibend. l. qui res ſuas. 98. §. ult. ff. de ſolut. l. 1. pr. ff. de tigno junct. Locam. quæſt. Juſtin. 37. *Conf.* Brunnem. exerc. 6. ad Inſt. p. 52. *Quamvis ergo quandoque in legibus dicatur, non cogi ædificatorem tignum eximere, inde tamen non concludere licebit, Ergo, ſi velit, poteſt; quippe argumenta a contrario ſenſu contra alios textus expreſſos non procedunt. Illud autem, quod lex 12. tabb. non niſi ordinariam actionem ad exhibendum & rei vindicationem impedire voluerit, ab Auctore non probatum, quin potius aliud apparet ex* l. 1. pr. ff. de tign. jun. *verb.* ne vel ædificia.

Utrum vero tignum ſit furtivum, id eſt, a tertio ſurreptum fuerit, vel ſecus, nihil intereſſe poteſt, etſi mentio furtivi ſæpe fiat ſimpliciter, qua de re *ad tit. ff. de tign. juncto;* quia vindicandi jus domino, circa furtum æque competit, ideoque & prohibita vindicatio eadem actione dupli compenſanda eſt; neque ratio exigit, ut ædificator ideo in duplum mulctetur, quia tertius furtum in tigno commiſit, nec enim alieno odio gravandus quisquam: ſed & textus citati generaliter de tigno alieno loquuntur, & ratio, ne deformetur aſpectus urbis ruina ædium, non magis locum habet in furtivo, atque aliis tignis trabibusque: Quod ſi de non furtivo tigno, rei vindicatione, vel ad exhibendum agi nequeat, ut certe non poteſt metu ruinarum, *arg. l. 1. de tign. junct.* dupli actionem de eo dandam eſſe, caret omni dubio, *d. l. 23. §. pen. de R. V.* Tigni vindicatio negatur domino in gratiam ædificantis, ne deſtruere domum cogatur: hic favor non minus ei impertiendus, qui tignum ſine furti vitio junxit, quam ei, qui furtivum: Ergo neutrum vindicari poteſt, ſed de utroque in duplum agi. Nec eſt tamen quod abſurdum videatur, furem & mala fide ædificantem, ejusdem conditionis cum eo, qui bonam habet fidem, cenſeri. Nam furti pœna, ut ſæpe dictum, a ratione dominii ſeparata eſt: Proin ſi is ipſe, qui junxit tignum, furatus id ſit, nulla cauſa eſt, cur non ut fur civiliter ac criminaliter puniatur, tametſi tignum repeti nequeat; quod ſi tertius ſurripuerit, idque ſciat is, qui junxit, præter actionem in duplum, tenetur actione ad exhibendum in id quod intereſt, quaſi dolo poſſidere deſierit, *d. l. 1. & l. 23. §. pen.* Cæterum, diruto ædificio, quia dominium ipſius materiæ mutatum non fuit, priori domino datur Rei vindicatio, ceſſante tum ratione Legis de metu ruinæ: verum & hic inter bonam ac malam fidem intereſſe, Juſtinianus indicat *in fin. §. 29.* ſi jungas *l. 2. de tign. junct.* Nam Imperator ita dat rei vindicationem, *ſi non fuerit duplum jam conſecutus prior dominus:* Ulpianus in *l. 2.* rei vindicationem ſupereſſe affirmat, etiam cum actum eſt tigni furtivi nomine in duplum; quæ loca ſibi non conſtant, niſi *§. 29.* de bona fide, & *l. 2.* de fide mala intelligas. Quidam Tribonianum accuſant, quod is ea verba, *ſi non fuerit &c.* de ſuo adjecerit in *§. 29.* cum non reperiantur apud Cajum in *l. 7. §. 10. h. t.* unde *§. ille* eſt deſcriptus, idque conciliationis loco ſufficere volunt. Sed cum Inſtitutiones, ut Tribonianus eas edidit, confirmatæ ſint, ac ita vim Juris habeant, nihilo ſecus ea verba, etiamſi adjecta, valebunt, quam ſi in *d. l. 7. §. 10.* haberentur; atque ita nihilominus quærenda conciliatio, quam nunc dedimus. Moribus hodiernis quanquam actio in duplum non uſurpatur, ſolvere tamen ædificator tignum non cogetur; eadem ſervendarum ædium cauſa quæ fuit Romæ, ſed Domino materiæ, actio

in factum in id quod intereſt dabitur. Zypæ. *notit. tit. de rei vind.*

40. (f) Hæc de eo, qui ex aliena materia in ſuo ſolo ædificavit. Ex diverſo, ſi quis in alieno fundo ex ſua materia domum ædificaverit, dominium ædificii pertinet ad eum, cujus eſt ſolum: Materia autem, ſi bona fides adſit, manet ædificantis.* Sed qui ſciens in aliena terra poſuit domum, is non modo ſtructuram, ſed ipſius quoque materiæ dominium abſolute perdit, adeo ut ne ſoluto quidem ædificio, eam recuperet, aut vindicare, vel tollere poſſit, quoniam ultro eam alienaſſe & donaviſſe creditur, *§. 30. h. l. 7. §. 12. h. t. arg. l. 35. d. R. J.* At, quia *lex 2. C. de R. Vind.* expreſſe poſt diſſolutionem, materiam ad priſtinum redire dominum tradit, *ſive bona fide, ſive mala ædificium exſtructum ſit.* Exceptio additur: *ſi non donandi animo ædificia alieno ſolo impoſita ſint*, quod in *d. §. 30. & l. 7. §. 12.* ſemper de mala fide præſumitur ac ſtatuitur. Hæc tamen exceptio, collata cum *l. 37. de R. Vind.* *ἀναθεώρησιν* conciliandi præbet; ut materia amitti dicatur, niſi ædificans probabilem dubitandi cauſam habuerit, an ſolum eſſet alienum, vel ſi litigioſum hoc fuerit; tunc enim non habuit donandi animum, quia & ſolum ſibi manſurum ſperabat; denique, ſi fundum bona fide nactus, ſub ædificandi tempus ſcire cœperit, eſſe alienum, quæ eſt ſpecies *d. l. 37.* Jam ſi adeo materia per malam fidem amittitur, certum eſt, nec impenſas ſtructuræ ſervari poſſe, cum ædificium ſine ſcrupulo funditus amittatur. Tamen Interpretes rotunde hic docent, mala fide ædificantem ſervare impenſas neceſſarias, ex *l. 5. C. de R. V. & l. 38. de Hered. pet.* quo obtento, ſequetur, malam fidem non obſtare, quo minus omnis materiæ, ſine qua ædificium eſſe non potuit, pretium exigatur, ac ita aperte eludetur ſanctio *§. 30.* Sed plane dicendum, *d. l. 5. & l. 38.* loqui de impenſis in domum alienam antea exſtructam factis; Hic res flagitat, dominum refundere debere ſumptus, quibus carere domus non poterat, quia ipſe eos perinde feciſſet; ſed in ædificio novo, de quo agitur *d. §. 30.* diverſa ratio liquet, quia arbitrarium, non neceſſarium eſt, ædes novas educere, in quibus impenſæ quoque omnes, nedum materia, fere ſint neceſſariæ, quæ in exſtructis conſervandis modicæ ſunt. Nihil igitur ex tali ædificio ſervat mala fides, nec pretium, ſed oleam & operam omnino perdit. Qua in re praxis hodierna mitius comparata eſt, quæ malæ quoque fidei poſſeſſoribus tollendi facultatem, vel impenſas repetendi concedit, teſtibus quos citat D. Voetius *ad §. 31. in fin. h. t.* At bonæ fidei ædificatores, non modo materiæ dominium retinent, ſed cum eam vindicare nequeant, pretium ejus conſequuntur, & mercedes quoque fabrorum aliasque impenſas non voluptuarias, per exceptionem doli mali ſervant, *d. §. 30.* Idque *ſi in poſſeſſione conſtituti* ſint, tum, inquam, exceptio datur. Eadem æquitate, non poſſidentibus actio danda videbatur, ne dominus ſoli, cum damno bonæ fidei poſſeſſoris, lucrum faceret; ſed nullam competere, probat *l. 33. de condict. indeb. l. 14. de except. dol.* licet obſtare videatur *l. 40. §. 1. de condict.* de qua vid. D. Vinn. *ad h. §.* Imo qualem haberet? In rem actio convenire nequit, quia non eſt dominus ædificii; Nec in perſonam poteſt, quia hæc datur ex contractu vel delicto, quaſi aut vero, quorum inter ædificantem & ſoli dominum nihil intercedit. Cujacius auctor eſt condictionis incerti: Alii dant utilem negotiorum geſtorum. Balduinus *in factum.* Quæ varietas & textus, quibus utuntur, ſatis indicant, ſolide nullam conſtare, ſcil. ex juris ratione; nam ex æquo & bono, ut alias fit, ubi ſtricta ratio deeſt, competere aliquod remedium, pulchre Balduinus probat. In praxi utique id locum habiturum, nihil eſt dubitandum. De Impenſis in rem alienam prius exiſtentem factis, earumque differentia, in Neceſſarias, Utiles, & Voluptuarias, *l. 1. de impenſ. in res dot.* alibi locus erit agendi *ad ff.* **

41. (g) Eadem ratione, qua ſolum trahit ædificium, planta quoque in alieno poſita, cum radices egit, terræ domino jure acceſſionis addicitur. Cui & alia ex cauſa debetur; nempe quod arbor actis radicibus alimentum ex ſolo capiat, ac ita paulatim nova fiat, omnemque ſubſtantiam fundo, cui impoſita eſt, acceptam ferat, *§. 26. h.* Corpora enim viventia, ut Alfenus ex philoſophis in *76. de Jud.* tradit, *ex quibus particulis*

* Conf. de ædificio a cenſuario, dem Zinßmann fundo cenſitico impoſito LR. *L. 2. a. 21. 35.*

** Jure Saxonico ædificia ſolo feudali impoſita, ad ſucceſſores feudales tranſeunt, citra refuſionem impenſarum, alias hæredibus allodialibus, *§. II. F. 28. §. ſi Vaſallus.* faciendam. LR. *L. 2. a. 21. P. 3. C. 31.*

(f) *Poſ. 74. & ſeqq.* (g) *Poſ. 77. & ſeqq.*

minimis conſiſtunt, hæ quotidie ex eorum corpore decedunt, aliæque extrinſecus in earum locum accedunt, ex alimento ſcilicet, cum nutritio nihil ſit aliud, quam inſtauratio partium, quæ diffluxerunt. In eandem ſententiam Paulus in *l. 26. §. 2. de A. R. D.* Si arbor, quæ coaluerat, *rurſus eruta ſit, non ad priorem dominum revertitur*, inquit; *nam credibile eſt, alio terræ alimento aliam factam.* Idque in tantum valet, ut ſi arbor, cujus ſtirps, truncus & rami, ſunt in tuo fundo, radices in meam humum egerit, mea tunc arbor efficiatur; ſed ſi ex utriusque fundo alatur, communis fiat, *d. §. 31. & l. 22. pr. Quod vi aut clam.* ubi poſt annum, vitis, quæ in tuo fundo coaluit, adeo tua ſit, ut etiam radices, quæ in meo fundo ſuperſunt, tibi cedant, quod de modicis tenuibusque fibris res jubet intelligendum, quomodo & Pomponius in *l. 6. in fin. Arbor furt. caſ.* accipiendus. *Si radicibus vicini arbor alatur*, ait, *tamen ejus eſt, in cujus fundo origo ejus fuerit*; ſunt enim arbores, quæ originem ſatis remotam a vicini ſolo habentes, tamen extremitates quasdam usque in illud propagant. vid. de magnitudine radicum Plin. *l. 16. c. 2. & 32.* Porro quia arbor, radicibus per duorum fundos ſparſis, fit eorum communis, ejus cauſam fructus etiam ſequi, non eſt dubium, ut ex cujus ſolo per plures majoresque radices plus alimenti recepit, is majorum quoque fructuum partem conſequatur. Sed obſcura & ſubterranea hæc indagandi ratio, difficulter uſu hominum recipitur; vulgoque in partitione fructuum magis ad ramos, quod expeditius, quam ad radices arborum attendi ſolet; * quin Statuto Ultraject. *Rubr. 27. art. 1.* cautum eſt, ut propendentes fructus communicentur, quod populare & noſtratibus crebro in uſu. Utique in locationibus prædiorum, Conductores omni die arbores a ſe plantatas finita locatione auferunt, etſi radices in conducto ſolo egerint: quia & regeri poteſt, pro alimentis arborum ſolutam eſſe mercedem: plane eum, qui ſuccum terræ ſuæ a vicini arbore exhauriri ſentit, denunciare domino poſſe, ut ſuccidat radices; aliter ipſum id poſſe, vel etiam funditus exſcindere arborem, colligi ex eo poteſt, quod de ramis propendentibus traditur in *tit. ff. de arbor. cæd.* Qua de re, ne turbamenta litium facile inter vicinos orirentur, Solon prudenter olim Athenienſibus tulit legem, qua cavit, oportere quemque ἐλαίαν ἢ καὶ συκῆν ἐννέα πόδας ἀπὸ τοῦ ἀλλοτρίου φυτεύειν, τὰ δ᾽ ἄλλα δένδρα πέντε πόδας. *Oleam aut ficum ab alieno agro ad novem pedes plantare, cæteras arbores ad pedes quinque*, quod vetuſtatis fragmentum Gajus exhibet in *l. ult. Fin. regund.* Semen arvo alieno bona malave fide injectum, & quod naſcitur inde, domino fundi cedit, ſalva eadem repetitione impenſarum, quam ſupra de ædificatione expoſuimus, quæ utique etiam de plantis intelligitur, *§. 32. h. l. 25. §. 1. de uſuf.* Impenſæ autem in fructibus colligendis factæ æque a malæ ac bonæ fidei poſſeſſore ſervari poſſunt, quia fructus ipſos minuunt; neque hi aliter quam deductis impenſis intelliguntur, *l. 36. §. ult. de hered. pet.*

42. (h) Jam porro quod de ſcriptura atque pictura tradit Imperator, in *§. 33. & 34.* videndum, qua ratione nitatur. Si in chartis, inquit, membranisve tuis carmen, vel hiſtoriam, vel orationem Titius ſcripſerit, hujus corporis non Titius, ſed tu dominus eſſe videris, quia charta trahit literas, quæ ſine charta eſſe nequeant: *Neceſſe eſt ei rei cedi, quod ſine illa eſſe non poteſt*, ait Paulus in *l. 23. §. 3. de R. V.* Quod licet *ibidem* Paulus etiam de pictura ſtatuat, Juſtiniano tamen *videtur melius eſſe, tabulam picturæ cedere.* Etſi enim pictura ſine tabula nihilo magis quam literæ ſine charta, eſſe poſſit, & tabula ſit ſubjectum, unde naturaliter hæc inſtar ſoli trahere picturam deberet, tamen propter enorme diſcrimen, quod eſt inter tabulam, quæ paucis aſſibus, & picturam, quæ multis ſæpe millibus æſtimatur, (quales fuere, quas Attalus rex & Auguſtus ſexagenis aureorum millibus taxarunt, *Vid. Plin. l. 35. c. 10. & l. 38. c. 7.*) placuit hic prævalentiam colligere ex pretioſitate; ut is qui pinxit, Dominus tabulæ, dato alteri pretio fiat, contra communem Acceſſionis regulam. Male igitur ſine dubio Mynſingerus *hic* notat, ſubjecto non aliter cedere acceſſorium, quam ſi huic illud pretio quoque prævaleat. Nam & ſupra oſtendimus, Acceſſionis cauſam pretii differentia minime niti, ex *§. 26. h.* & repetitur idem hoc ipſo *§. 33.* Proin quod idem Auctor hodie chartam ſcripturæ cedere, veluti picturam ſcribit, *Propter immutatum curſum naturæ, vel conſue-* tudinis

* Idem in Saxonia attenditur, noſtrum enim jus magis ad jus aeris ramorumque propendentium, quam ad jus ſoli & ramorum repentium reſpicit. *LR. L. 2. a. 52.*

(h) *Poſ. 49. & ſeqq.*

tudinis; cum hoc tempore ſemper fere ſcriptura multi pluris æſtimetur quam charta, id cur verum ſit, parum adverto. Nam ſi materiam, de qua ſcribitur, conſideremus, veterum hiſtoriæ, carmina, orationes, ſine dubio præſtantiores quam hodiernæ fuerunt. Materiam, per quam literæ pinguntur, pluris hodie eſſe quam chartam, nemo dixerit; atramento enim quid vilius? aureas vero literas olim perinde habuerunt ac hodie. Maxime vero id mirum, citari ex Paulo in *d. l. 23. §. 3.* hanc regulam, *rem alicujus pretioſiorem, per prævalentiam alienam, rem trahere ad ſe, ut ſemper inſpiciatur quod eſt pretioſius*, cum nihil tale, ſed contrarium potius in loco extet. Habemus igitur in pictura exceptionem. Et jure tamen quæras, cur carminis, orationis, hiſtoriæ, minor habeatur ratio, in quibus & artificii plus & dignitatis eſt ſitum, quam picturæ. Quid ſi vir doctus meditationes ſuas chartæ alienæ per errorem inſcripſerit, cogeturne manuſcripta chartæ domino tradere, aut ſi penes eum ſint, repetere non licebit? Iniquum id abſurdumque ait *hic* Hotomanus. Pene dixerim, JCtos id conſideraſſe; dominium eſſe rerum, quæ in commercio ſunt, pecuniaque æſtimari queunt, & cauſam ſimilis habere naturæ. Jam pictura ſine dubio æſtimabilis atque in commercio eſt; carmina, orationes, hiſtoriæ, non æque, quin eruditæ meditationes nummario pretio dehoneſtarentur, *arg. l. 1. §. 5. de extraord. cognit.* Idcirco dominium proprie dictum non tribuunt. Tamen extraordinarium aliquod remedium ſcribenti competere, ubi momentum rei & æquitas id ſuadet, dubium non videtur. Actio in factum datur ei, cujus pecuniarie intereſt habere ſcripturam, veluti rationes ſuas, quæ in charta aliena ſunt, *l. 3. §. pen. ff. ad Exhib.* Inde audebimus colligere, idem ſtatuendum in caſu eruditæ ſcripturæ; Cujus etſi diverſa videatur ratio, tamen æquitas omnino poſtulat, ne eruditioni minus honoris & juris, quam pecuniario commodo deferatur; Nec dubitandum, quin Fora hodierna tam actionem, quam exceptionem in tali ſpecie, Scriptori darent. Imo plane in ſcriptura idem quod in pictura ſequendum eſſe, Grotius cenſet, *2. Jur. Holl. c. 8.* & Mynſingero affirmanti, id in Praxi ita obtinere, credere licet, tametſi rationes, quibus utitur, parum rationis habeant.

43. (i) Tertius modus, acquirendi jure Gentium Dominii, eſt *Specificatio;* Cum quis ex aliena materia facit novam ſpeciem, ut poculum, vel navem. Quidam Acceſſionem hanc artificialem vocant, ſed male, cum hic una tantum res ſit, & Acceſſio duas, quarum una principalis, ſupponat. Vetus autem diſputatio eſt, utrum is, qui materiæ dominus eſt, an qui formam dedit, ſpeciem factam acquirat. Tempore Auguſti, luxuriantibus ingeniis, Juris Profeſſores in duas abiere ſectas, ducibus Atejo *Capitone* & Antiſtio *Labeone*, Viris ampliſſimæ dignitatis, quos *duo pacis Decora* nominat Tacitus *lib. 3. Ann. ſub fin.* Capito ut erat ingenii ſubſervientis, quod ex Tacito videmus, quæ a Præceptoribus acceperat, ea excolere ſatagebat. Labeo Græca eruditione & ingenii qualitate, quod liberum nec ulli obnoxium erat, ne Principi quidem, (unde Horatius Cæſaris adulator *1. Sat. 3. Inſanum* vocat,) plurimum innovare inſtituit, *l. 2. §. 4. 7. de O. J.* Capito ſucceſſorem in principatu ſcholæ, habuit Maſſurium Sabinum, & hic C. Caſſium Longinum: unde *Sabiniani* & *Caſſiani* hæc ſecta nominata. Labeoni ſucceſſit Nerva, Nervæ Proculus, Proculo Pegaſus, unde *Proculejani* & *Pegaſiani*, *d. §. 47.* Horum diſſenſionis multa paſſim veſtigia in Pandectis extant, de quibus Balduinus *ad §. 25. h. t.* Inter alia nobilis fuit de Specificatione quæſtio. Sabinianis videbatur, naturali & civili rationi magis convenire, ut dominus materiæ fieret dominus ſpeciei, quod huic utique facto alieno rem ſuam interverti iniquum eſſet; & ſi materia ejusdem maneret, neceſſario formam, quæ inerat materiæ, ſequi deberet. Proculejani ſubtilius diſputabant, per formam eſſe rem quod eſſet, eum, qui ſpeciem novam feciſſet, auctorem eſſe rei, quæ nunquam fuiſſet, quam alii cedere abſurdum foret. Hanc controverſiam alii per diſtinctionem, ut fit, conciliare cœperunt, quam & Imperator *hoc §. 25.* amplexus eſt. Si talis forma ſpeciei inducta ſit, quæ aboleri poteſt, ita ut res ad rudem materiam reduci queat, tunc forma velut accidens cedit materiæ ut ſubſtantiæ, dominiumque ſpeciei cenſetur ejusdem, cujus materia fuit. At ſi forma ſit immutabilis, ut ad primam rudemque materiam reduci nequeat, tum forma prævalet & materiam quaſi abſorbet, quæ δοκεῖ τρόπον τινὰ ἀποσβέσθαι, *quodammodo extincta videtur*, ut Theoph. in ſimili *§. ſeq.* loquitur. Ideo tunc

(i) *Poſ. 8. & ſeqq.*

quii

qui fecit, eſt dominus ſpeciei, ſalva alteri conditione ad pretium repetendum. Secundum hæc in præpoſitis exemplis: Si quis ex auro argentoque meo fecerit ſcyphum, quoniam is ad rudem auri maſſam contundi vel conflari poteſt, ego ſum ſcyphi dominus, ſalvo tamen & ipſi, bonam fidem habenti, operæ pretio. Contra, qui ex alienis tabulis fecit navem, is eſt dominus navis, *l. 26. h. t.* quia navis non eſt amplius lignum, *non manet cupreſſus*, ait Paulus, ſed cupreſſeum corpus, id eſt navis. Graviter tamen obſtat *l. 61. de R. V.* ad quam miſſis aliorum inventis, reſponde, *Carinam* ibi non ſignificare materiam navis ſive lignum, ut Gothofred. ibi notat, verum infimam partem & fundamentum navis, ut Feſtus in voce *Carinantes* exponit; nempe, ſicut pars ſuperior ædificii cedit ei, cujus eſt infima pars & fundamentum; ſic in *l. 61.* Julianus ait, *Proprietatem totius navis, carinæ cauſam ſequi*, id eſt, fundamenti navis. Inter exempla, quibus ſpecies ad materiam reverti nequit, recenſet Imperator vinum, oleum, frumentum, quæ proinde iis, qui expreſſere & excuſſere ex alienis uvis, olivis, ſpicis, acquirantur, cum ad uvas & ſpicas per naturam reditus non pateat. Deſcriptus eſt hic locus ex Cajo, *l. 7. §. 7. h. t.* ſed omitti non debuit clauſula Caji & animadverſio de frumento, quod ideo excutientis non fiat, quia ſeparatio a ſpicis non eſt Specificatio; quippe grana, jam cum ſpicis adhuc cohærerent, ſuam habebant perfectam ſpeciem, & erant ac dicebantur frumentum; adeo ut is, qui excuſſit, nullo modo ſpeciem novam fecerit, ſed eam, quæ pridem erat, detexerit. In vino & oleo eſt alia ratio; quia liquor oleorum & uvarum incluſus corticibus, nondum erat nec dicebatur oleum atque vinum, ut bene D. Vinn. *hic.* Plane ſtudio brevitatis, peccato omiſſionis Tribonianus hoc loco aperte tenetur.

44. Vidimus quid requiratur, ut ſpecificatione dominium mutetur, *primum*, ut tuo nomine facias novam ſpeciem, quod Cajus quidem ponit *d. l. 7. §. 7.* ſed non eſt peculiare ſpecificationi, verum generale omnibus acquirendi modis: Tralatitium enim eſt, eum, qui nomine alterius utitur, non ſibi, ſed alteri acquirere, *l. 27. §. 1. h. t.* ut videbimus infra ad *§. 5. I. per quas perſ. cuique acquir.* adeo ut inepte Juſtinianus reprehendatur, quod requiſitum illud hoc *§. 25.* non expreſſerit. *Alterum* a multis requiſitum collocatur, ut is, qui ſpeciem facit, bonam fidem habeat, alienamque eſſe materiam ignoret: quamvis alii non putent, Juſtinianum in *§. 25.* & Cajum in *d. l. 7.* id fuiſſe omiſſuros, ſi neceſſarium credidiſſent: quod etiam magis mihi videtur. Veteres omne rei momentum in eo ponebant, utrum materia formam, an hæc illam traheret. Qui facit ſpeciem, is producit rem novam, quæ auctori cedit, quia nova eſt; Formationis & Specificationis ea vis eſt, quam mala fides non magis impedit, ac ſpreta domini prohibitio occupationem feræ, ut *ſupra* vidimus. Et quis dicet, Specificationem minori efficacia tribuere dominium quam Acceſſionem? de qua certum eſt, eum, qui mala fide purpuram alienam ſuo veſtimento intexit, fieri dominum purpuræ, *§. 26. h. t.* Si texturæ acceſſoriæ ea vis ſit, eritne minor texturæ principalis? qui purpuram ſuæ veſti adſuit ſciens alienam, fit, inquam, dominus; qui ex lana alterius ſciens novum facit pannum, non fiet? Qui ex aliena materia in ſuo ſolo bona vel mala fide ædificat, fit dominus ædium, ut ad *§. 69.* dicetur; cur ſolum fortius trahit ſuperficiem in Acceſſione, quam forma abſorbet materiam in ſpecificatione? Quando per Confuſionem transfertur dominium, non diſtinguitur, utrum bona vel mala fide materiæ ſint confuſæ, ut mox videbimus; quid profertur, cur ſpecificatio minus confuſione valeat? Scimus, modos acquirendi habere ſeparatam rationem a pœna delicti, quod in acquirendo committitur. Qui prohibente domino feram in ejus fundo venatur, ſcit rem ſe facere illicitam, fit tamen dominus per occupationem, ſed punitur actione injuriarum. Qui purpuram furtivo animo ſuæ veſti intexit, tenetur ut fur, & tamen purpuræ fit dominus, ut *mox*; idem de confuſione. Quid dubitamus, etiam eum, qui ſciens ex aliena materia facit novam ſpeciem, teneri quidem ob malam fidem, at Specificationem nihilominus procedere; formam tamen ſubigere materiam, ſuoque ſe Autori addicere? Forma extinguit materiam, *l. 6. §. 3. ad Exhib.* quæ proin a domino vindicari nequit, *§. 27. in fin. h. t.* Materia non eſt amplius, *l. 26. h. t.* Ergo nec in dominio eſt. Donellus *4. comm. 12.* opponit *§. 30. h. t.* qui nihil obſtat, cum ibi domus cedat ſolo, ſeu bona ſeu mala fide ſtructa. Sed gravius obſtat ratio *legis 12. §. 3. ad Exhib.* At rationem legis ultra deciſionem extendere, ſæpe minus tutum eſt: deciſio illic de actione ad Exhibendum loqui-

tur.

tur. Quod etiam in *L. 14. de Condict. furt.* furem uvarum teneri condictione multi traditur, inde jus dominii in ſuo rigore deduci non poteſt, ſiquidem & domino purpuræ datur ejus condictio, poſtquam alienæ veſti intexta fuit, *§. 26. h. t.* Opponitur etiam *l. 29. §. 1. de donat. inter vir. & ux.* ſed inde magis firmatur adſertio noſtra, quia tradit, uxorem, cui lana donata eſt, veſtimenti inde facti dominam, licet nullo jure lanam poſſideret; & haud dubie ſciverit, donationem eſſe prohibitam, fieri.

DE COMMIXTIONE ET CONFUSIONE.

45. (k) Succedunt commixtio & Confuſio, quas inter ſolet hoc diſcrimen ſtatui, quod Res liquidæ & humidæ confundantur, aridæ miſceantur; ſed JCti his terminis promiſcue utuntur, *l. 3. §. ult. l. 5. in pr. de R. V. l. 7. §. 8. h. t.* ideo cum inter liquida & arida exiguum hactenus diſcrimen ſit, nihil opus eſt, duas appellare diſtinctas acquirendi ſpecies, quas Artis Autores non diſtinguunt. Sit igitur Commixtio genus, quam ſi tu Confuſionem vocare malis, non intercedam, ut nec, ſi quis dicat, Commixtionem eſſe vel talem in ſpecie, quæ ſit rerum aridarum, vel Confuſionem, quæ liquidarum. In genere igitur Commixtione dominium acquiritur tum, quando res plurium dominorum aut conſenſu eorum ſunt mixtæ, aut fortuito ita confuſæ, ut ſecerni non poſſint, *§. 27. & 28. h. d. l. 3. pr.* Voluntatem dominorum habere effectum communicandi dominii hac parte, ut alias ſemper, non eſt mirum. Sed confuſione caſu facta, aliquod diſcrimen memoratur inter liquidas res & aridas; nam liquidæ communicantur, quia particulæ earum tam penitus & ſubtiliter coincidunt, ut eædem res videantur, niſi nova ſpecies facta ſit; ut ex melle & vino mulſum, hoc enim fit facientis, *d. l. 5. §. 1. princ.* Arida non perinde communia fiunt, quorum particulæ craſſiores ſunt, ita ut ſingula corpora, veluti grana frumenti, in ſua ſubſtantia durare dicantur, *d. §. 28.* Utrumque limitatione non caret; nam ſi diverſæ partes liquidæ iterum ſeparari & in principia redigi queant, ut ſi plumbum cum argento mixtum ſit, dominia manent diſtincta, *d. l. 5. §. 1. verſ. ſed ſi.* Idem eſt in ære & argento, *l. 12. §. 1. de A. R. D.* Sed æs & aurum ſeparari non poſſe, ait Ulp. *d. l. 5. §. 1.* dominiumque ideo communicari. Hodie quidem aurum ab ære ſeparant artifices, ſed hoc fieri cum interitu æris, ait Giph. *hic.* per exhalationem ſcil. adeoque idem manet juris ac ſi non poſſet deduci; quia ſingulis ſuum redhiberi nequit. Dein, non omnia arida commode & civiliter ſeparationem recipiunt; pecudes ſane, quod exemplum eſt in *§. 28.* libri quoque & ſimilia facile atque recte; calx, harena, frumentum non æque, ut res & uſus probat; ideo tunc non multo diverſus habetur exitus quam ſi liquida ſint; Etſi enim ſubtiliter dominii jus idem maneat, ideoque ſingulis in rem actio pro ſua parte competere dicatur, tamen neuter poteſt deſignare ſua corpora, quod alioqui in vindicatione requiritur, *l. 6. pr. d. t.* ſed quantitatem duntaxat, neque ſinguli ſua grana, ſed totius maſſæ partem pro rata recuperant. Judex autem de bonitate cujusque partis arbitrabitur, & eum, cujus frumentum deterius fuit, in pecuniam alteri condemnabit, *d. §. 28. in fin.* Atqui idem fieri debet vino oleoque duorum confuſo, *l. 3. de R. V.* ut adeo non tam effectus, quam genus actionum diſcrepet; de aridis enim rei vindicatione; de liquidis communi dividundo agetur, *l. 3. §. ult. l. 5. pr. eod. tit.* Jam de nummis certum eſt, eos diſtinctis manere corporibus & durare in ſubſtantia ſua magis conſpicue quam frumentum; Et tamen de his ſcriptum eſt, eorum mutari dominium, ſi aliis ita mixti ſint, ut diſcerni nequeant, in *l. 78. de ſolut.*

(k) *Poſ. 86. & ſeqq.*

SCHOLIUM.

Nummi non fiunt communes, ſed dominium ſaltem mutatur, ita ut tranſeant plane ad alterum, l. 78.

RESPONSIO.

Ita quidem fert ſpecies d. l. 78. nummos alienos ad accipientem tranſire, ſi diſcerni non poſſint; nempe quando hoc agitur, ut unus omnes habeat; Inde vero manifeſtum eſt, pro parte dominium tranſire, ſi hoc agatur, ut maſſa duorum communis ſit.

N. ADDIT.

Initio notandum, vim Scholii fortiorem eſſe, ſi reſpiciantur verba poſitionum, quam verba hic poſita. In poſitionibus dixerat Autor: Duorum farinæ commixtæ non minus fiunt communes, quam vina duorum: imo & nummi ejusdem characteris. *Hic adjeceram iſtud Scholium. Deinde falſum eſt, quod Autor dicit, in l. 78.* hoc agi, *ut unus omnes nummos habeat, quia lex lo-*

quitur de nummis invito domino ſolutis. Et frigidum eſt, quod Autor in fine addit, manifeſtum eſſe exinde, pro parte dominium tranſire, ſi hoc agatur (ſcil. a duobus dominis) ut maſſa duorum communis ſit: quaſi de hoc caſu (& non potius de communione invito domino alterutro, vel utroque) eſſet quæſtio: Quaſi de hac quæſtione quisquam, niſi Domitius dubitare poſſit, ut opus ſit eam ex d. l. 78. *manifeſtam reddere.*

Unde conſequi videtur, *in reliquis etiam quibuscunque rebus ita mixtis, ut civilem commodamque ſeparationem non recipiant, communionem introduci;* cum quod deſignari nequit, vindicari quoque non poſſit, *d. l. 6. pr. de R. V.* Nec inter confuſionem liquidorum & mixtionem aridorum, quale frumentum, quod granatim ſecerni nequit, diſcrimen ſolidum liquet. Utrobique enim non poteſt dari is exitus, ut cuique ſua corpora reddantur; adeoque me partem tui, & te partem mei habere oportet, quæ eſt vera communio. Craſſius quidem frumentum eſt, quam particulæ vini, ſed ad hanc rem ſufficit, illud æque ex uſu hominum inſeparabile eſſe quam hoc; & quid ſi comminutum ſit ad farinam? Etiam hæc arida eſt; ideoque mea & tua mixta caſu farina non fiet communis? cum tamen ipſa neceſſitas communionem ingerat. Sane etiam in vino & melle particulæ minimæ non penetrant ſe mutuo, ſed æque diſtincte manent ac in farina; ut adeo nec naturale nec civile diſcrimen hactenus ſatis conſtet. Donellus 4. *comm. 22.* in ſpecie *d. l. 78.* nummos vult datos ex juſta cauſa; nec aliter Commixtionem omnino transferre dominium invicem. Sed neque ex *l. 78.* id apparet, nec juſtus titulus pro cauſa dominii in confuſione habendus eſt, verum neceſſitas, quæ ſublata ſeparatione, alium quam communionis exitum non præbet.

DE FRUCTUUM PERCEPTIONE.

46. (1) Fructus eſſe acceſſiones fundorum, ex *§. 32. & alias* intellectum, rebusque eos acceptos ferri, conſtat ex *l. 18. §. 1. ad SC. Trebell.* Hinc eorum perceptio a plerisque inter Acceſſionis ſpecies recenſetur. Sed minus recte: nam fructus ſunt acceſſiones fundi reſpectu ad dominum ſoli habito, *l. 25. §. 1. de Uſur.* At in *§. 35. h. t.* docetur, quomodo ex fundo alieno acquirantur. Si acceſſionis tantum vis ſpectaretur, fructus a bonæ fidei poſſeſſore percepti non ipſi, quod hic traditur, ſed ei, cujus res principalis eſt, domino ſoli, inquam, cederent; Imp. heic expreſſe non per Acceſſionem, ſed ob curam & culturam, fructus acquiri teſtatur. Ideoque novam hic & diverſam acquiſitionis cauſam ſpeciemque tradi, manifeſto liquet. Summa fructuum diviſio eſt in Naturales & Civiles. Illi, qui natura proveniunt, hi, qui jure percipiuntur, *l. 62. de R. V.* Naturales iterum vel ſunt tales in ſpecie, vel induſtriales, qui *curantur*, ut ait *l. 7. §. 9. Sol. matrim.* Utrosque Natura producit, ſed priores ſponte fere absque opera & impendio, ut poma, nuces, pyra, glandes, ligna, gramen &c. Hi non ſine cura cultuque multo, ut vinum, oleum, frumentum aliaque ſata, *l. 45. de uſur.* item lac, pilus, lana fœtusque pecudum, ut agni, hœdi, vituli, equuli, ſuculi, *l. 28. eod. §. 37. h.*

SCHOLIUM.

Hos potius malo ad fructus naturales referre cum Strauchio XIII. 6. & aliis; imo & lac, lanam, pilos; contra quam Auctor hic.

RESPONSIO.

Haud ita ſentient, qui præcipuam multis locis induſtriæ ruralis partem in re pecuaria conſiſtere norunt. Mihi ſic videtur; fructus mere naturales apud nos haberi pauciſſimos, ne fœnum quidem in horrea convectum.

N. ADDIT.

Ita eſt: Fructus mere naturales dantur pauciſſimi, niſi forte fructus ſylveſtres. Ergo dum fructus dividuntur in naturales & induſtriales, id non eſt explicandum in mere naturales & mere induſtriales. Nam, uti ipſo Autore fatente induſtriales etiam producuntur a natura, ita naturales non excludunt induſtriam. Hinc a potiori fit denominatio, ubi impenſæ in curam multæ ſunt, ibi induſtriales vocantur, ubi paucæ, ibi dicuntur naturales.

Neque enim ſine labore ſumptuque magno hæ res utilitatem præſtant. Civiles ſunt, qui non immediate ex ipſa re vel induſtria poſſeſſorum; ſed inſtituto artificioque hominum proveniunt, ut ſunt uſuræ, penſiones, mercedes, vecturæ ſimilesque reditus, *l. 27. §. 1. l. 29. de hered. petit.* Præterea dividuntur fructus in extantes & conſumptos. Illi, pendentes vel percepti. Pendentes, qui adhuc hærent in ſolo, *l. 27. pr. de uſufr.* Percepti, qui a ſolo ſeparati ſunt, *l. 78. de R. V.* Fiunt autem fructus bonæ

(1) *Poſ. 89. & ſeqq.*

fidei

fidei poſſeſſoris, *naturali ratione*, *pro cultura & cura*, ait Imperator *d. §. 35.*

SCHOLIUM.

Imo potius per factum perceptionis, d. §. 35.

RESPONSIO.

Juſtiniani verba ſunt hæc; *Naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura. Hinc tu non falleris, ſi dicas, ut in poſitione 89. ſcriptum eſt, cauſam acquirendi fructus eſſe factum cura & culturæ atque perceptionis.*

N. ADDIT.

Imo falleris. Nam illud pro cultura & cura *non denotat*, prout *coluit & curavit*, *ſed* in ſolatium *culturæ & curæ. Ergo cultura & cura non eſt cauſa remota acquiſitionis, & ne quidem titulus, ſed ſaltem occaſio.*

Alii, quos inter Bachovius & Vinnius *hic*, negant, cauſam eam eſſe præcipuam, ſed ejus loco *bonam fidem* ſubſtituunt, quæ poſſeſſorem quaſi dominum faciat. Mihi Cæſaris ratio non tantum autoritate potior; ſed & ſolidior in ſe eſſe videtur. Nam bona fides abſolvit quidem non dominum a delicto, ſed non a reſtitutione, & cauſam dominii minime præſtat; abſurdum enim foret, opinionem alterius meum jus minuere, vel mutare; Cauſa fructuum acquirendorum, eſt *factum* aliquod poſſeſſoris, ut eſt in fine *l. 45. de uſur.* Requiſitum quidem bona fides eſt & conditio *ſine qua non*, ut loquimur, *l. 25. §. 1. de uſur. l. 48. de A. R. D.* ſed cauſam poſitivam oportet aliam eſſe, quæ ex jure Naturæ petenda, quod pro fundamento hujus rei Imperator ſupponit. Hoc autem dictat, ait Grotius *l. 2. cap. 10. §. 4. Fructus rei*, id eſt mere naturales, *rei dominium ſequi.* Verum *induſtriæ fructus, etiamſi ſine re non procederent, rei tamen non debentur*, inquit, *ſed poſſeſſori bonam fidem habenti cedunt*; de quo mox clarius. Igitur quibus neque ſatio, neque curatio, nec perceptio artificialis adhibetur, hos ex naturali ratione, non fieri poſſeſſoris, neceſſario ſequitur; Et cum jus civile hac ratione ſe fundet, conſentaneum eſt, fructus naturales non fieri B. F. poſſeſſoris: quin ita diſerte id ſcriptum eſt in *l. 45. de uſur.* ubi quod de marito erat dictum, eum ex re ab uxore donata non acquirere fructus, niſi quos operis ſuis quæſierit, generali ratione firmatur; *ſicut nec cujuslibet b. f. poſſeſſoris.* Quæ verba non particularem, ſed univerſalem negationem inferre, ex curſu textuque orationis aperte, ni fallor, liquet. Volunt alii hoc de poſſeſſore ſine titulo, vel cum titulo lucrativo accipiendum; atqui prima quæſtio eſt quidem de tali, ſed ratio generalis eſt, alioqui principium peteret i tum quod in *fine legis* ſubjicitur, *quia non ex facto naſcuntur*, omni non domino convenit, ſeu titulum habenti, ſive non, lucrativum aut oneroſum. Secundum hæc, quod habetur in *l. 48. pr. de A. R. D.* Emptorem b. f. *ſuos facere fructus non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, ſed omnes*, id ſic capiendum erit cum *gl. & Dd.* ut vox *omnes* reſpondeat particulæ *Ejus;* ſuos facit fructus non tantum ab ipſo, ſed & quolibet alio ſatos, ac ita *omnes*, ut docet *l. 25. §. 1. de uſur.* Neque refellitur hoc ratione ſubjecta, quia b. f. poſſeſſor *quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt.* Nam vox *pene* ſatis reſtringit poſſeſſorem. Imo eadem ratio, ſine particula *pene* eſt in *d. l. 25. §. 1.* nec ibi tamen ſenſum priorem impedit. Cura & cultura facit, ut loco domini ſit, ubi nempe *cura & cultura* intervenit; neque enim ultra terminos habiles extendi hoc argumentum debet. Hæc reſponſio ad *d. l. 48.* illuſtratur collatione *§. ultimi ejuſdem legis:* ubi fœtus ovium b. f. poſſeſſori cedere dicuntur, etiamſi prægnantes venierint, & lac, etſi plenis uberibus: nam impletio uteri & uberum facta, dum res adhuc erat apud alium, ſimilis plane ſementi frugum, ab aliis in agro factæ, eſſe videtur.

47. Qui diſſentiunt, negant rationem Juſtiniani *pro cultura & cura*, oppoſitionem inter fructus naturales & induſtriales inferre, *quia vix ulla res eſt*, ait Vinnius, *quæ ſine cultura aut cura aliqua fructum ferat;* quod quid aliud eſt, quam totam negare diſtinctionem inter fructus, quos ſola natura, & quos induſtria producit? Præterea ponit Vinnius, fœnum & oleam eſſe fructus manifeſte naturales, quia Plinius *l. 15. c. 1.* ex Virgilio *2. Georg.* teſtatur, *non deſiderare oleam raſtros aut falcem ullamve curam;* idemque de fœno in confeſſo putat: atqui oleas & fœnum b. f. poſſeſſoris fieri, probat ex *l. 13. quib. mod. uſusfr. amit. l. 78. de R. V.* De fœno reſpondere nihil hæreo, id potius induſtriale videri, non multo minus quam frumentum, utpote cui fere tantundem operæ curæque, ut in hyemem duret, omni die impendi cernimus. Gramen quidem naturale merum eſt, ſed aliter cum fœno ſe rem habere nemo ignorat. Similiter olea dum naſcitur, exiguam poſtulat cul-

Digitized by Google

turam; *Veruntamen & tondentur*, ait Plinius *d. c. 1. ſicut & vites, atque etiam interradi gaudent.* Præterea quoniam quæſtio de lucro non habet uſum, niſi poſt conſumptionem, hinc natura fructuum in hac diſputatione magis ex aptitudine ad conſumptionem quam initio perceptionis ſpectatur. Ligna, poma, pyra, glandes, cæteraque naturalia, nihil novæ curæ poſt perceptionem, ut conſumantur, requirunt; ſed oleæ non habentur, niſi ut oleum inde fiat, quod plus artis quam vinum poſtulare, in *loco citato* Plinius autor eſt. Ideoque vel tondendi radendique dum naſcitur, vel hujus curæ ſubſequentis reſpectu, oleum pro fructu induſtriali a JCtis haberi, ſemperque cum vino ac frumento recenſeri videmus. Teneamus igitur, Naturales fructus non cedere lucro poſſeſſoris, ſed induſtriales, quibus civiles qui dicuntur, comparandi videntur, *l. 27. §. 1. l. 29. de her. pet. l. 34. de uſur.* neque enim domini intereſt, per ſe b. f. poſſeſſor an per alium exerceat agrum, fructus colligat an colligendos locet. Diſſentiunt Bachovius & Vinnius aliique *hic*. Diſſentit etiam Scholiaſtes noſter ad *poſit. 95.* ſed nihil profert, quod aliis reſpondendi rationibus, quam heic ſunt collocatæ, ſit excipiendum.

N. ADDIT.

Apponamus tamen Scholium. Dixeram: *Imo & naturales, (fructus acquirantur b. f. poſſeſſori) per ea, quæ habent Struv. XI. 21.* ibique in reſolut. *Frantzk.* ad tit. de R. V. n. 43. 49. Conf. *Strauch.* XVIII. 7. & 10. ibique notata, p. 201. *ex quibus facile reſponderi poteſt, ad ea, quæ Autor in prælectionibus dubia movet. Hoc verum eſt, nihil hic diſerte proponi contra Autorem, quod novam ejus reſponſionem mereatur. Interim Autores citati multa talia proponent, qui adeo non fuere occultandi. Et cogita ſaltem rem ipſam ejusque naturam. B. f. poſſeſſor, ajunt diſſentientes, non acquirit fructus naturales. Bene, quis ergo acquirit? Si dicas, nemo, ſed eſſe nullius & cedere occupanti, habebunt omnes quod rideant. Multo magis autem, ſi dicas furem & malæ fidei poſſeſſorem. Quod ſi vero urgeas ſententiam hanc, quod b. f. poſſeſſor non acquirat fructus naturales, reſpicere dominum, quod nempe huis eos reſtituere debeat b. f. poſſeſſor, frigida erit obſervatio, quia & induſtriales, quos tamen acquirit, reſtituere debet, ſi extent. Et ipſe Autor jam fatetur, diſputationem ſuam non habere magnum uſum intuitu ipſius negotii & praxeos, ſed ſaltem in explicatione legum. Jam vero ulterius quæro, annon illa interpretatio legum in dubio majorem plauſum mereatur, quæ leges explicat ſecundum naturam negotii, quam quæ contra?*

At vero fatendum eſt, quæſtionis hujus uſum eſſe majorem in explicandis legibus, quam in uſu negotii; vix enim eſt, ut in foro ulli fructus acquiſitioni b. f. poſſeſſoris ſubducantur; ut videre licet apud Sandium 3. 15. 1. quo facit, quod ſupra diximus, eſſe perpaucos, ut apud nos eſt agricultura & res ruſtica, fructus mere naturales.

48. Sic igitur ſe habet ratio naturalis. Cura & cultura, cui bona fides adeſt, poſſeſſori jus in fructus naturales tribuit, operæ pretio tenus. Perceptio hoc addit, ut intuitu omnium non Dominorum pro domino habeatur, *l. 28. pr. de uſur. l. 78. pr. de R. V. & §. 35. h. t. l. 4. §. 19. de uſur.* & verus dominus, dum latet, pro eo qui non ſit habetur: mox conſumptione ſecuta, cum ipſa re dominium ejus plane perit, & ſic b. f. poſſeſſor, cujus dominium reſpectu illius revocabile erat, dicitur pleniſſime fructus acquiſiviſſe, atque tunc initio inſpecto, cura & cultura, ut cauſa acquiſitionis prima memoratur, *l. 40. in fin. de A. R. D. l. 4. §. 2. Fin. regund.* Quod ſi dominus fundi, extantibus adhuc fructibus, ſuperveniat, evaneſcit dominium b. f. poſſeſſoris; & in repetitionem ſumptuum ac operarum convenitur, ipſosque fructus adhuc extantes domino reſtituere debet, *l. 22. C. de R. V.* Conſumptio non auget jus ejus, nec lucri cauſam addit: impoſſibile enim eſt, ut conſumere quis poſſit rem alienam, ideo, quia conſumit; ſed an jure conſumat, hoc ex cauſa præcedente pendet; Ideoque ratio non fert, ut conſumptio novi juris ſit cauſa, ſed ut effectum duntaxat conſiderari poteſt. Tollit quidem dominium prius, ſed non parit novum, quia rem facit non eſſe, cujus nulla affectio eſt. Unde ἐμφατικῶς Imp. in *d. §. 35.* de conſumptis fructibus *agi non poſſe* affirmat; plenius hac de re diſſeruimus in *lib. 4. Digreſſ. cap. 23.* B. F. poſſeſſor igitur extantes fructus reddit, ſervato quicquid ſua intereſt; quod conſumpſit, reddi nequit, nec tenetur ad pretium, ſi id quoque ſine fraude ejus perierit, quia hoc ipſius foret damnum; at quod ſupereſt pretium, de eo tenetur, retento quod ſua interſit, quia ſi totum retineret, id domini detrimentum eſſet. Idque adeo tenemus, b. f.

Poſſeſ-

Digitized by Google

Poſſeſſorem, quatenus ex conſumptis fructibus locupletior eſt factus, teneri ad reſtitutionem, quia quod ex re habet & quod beat ipſum, id extare & ſupereſſe videtur, nec aliter Grotius *lib. 2. c. 10. §. 5.* Idem Jure Romano de hereditatis petitione clare proditum eſt, poſſeſſorem b. f. teneri de conſumptis fructibus, in quantum locupletior eſt, *l. 25. §. 11. l. 28. de hered. pet. l. 1. C. eod.* Cur in vindicatione rerum ſingularium aliud ſtatuendum ſit, nulla ſatis gravis ratio apparet, neque auctores pro negativa plures ſunt, quam affirmante ſententia, ut videre licet apud Sandium *lib. 3. tit. 15. def. 1.* Eandem eſſe rationem in hereditatis petitione & in Rei vindicatione, liquet primo ex generali ratione, quia *hoc natura æquum eſt, neminem eum alterius detrimento fieri locupletiorem, l. 14. de cond. indeb.* quam doli ſpeciem eſſe, docet *l. 17. §. pen. de Inſt. act.* Id autem hic fieret, ſi poſſeſſor domino, qui re ſua tam diu caruit, negaret, quod ex bonis ejus redactum ſupereſt, ſiquidem plus ſit penes ipſum quam alioqui conſumptum fuiſſet. Idem probatur ex *l. 23. de reb. cred.* Qui locupletior eſt, is Re obligari videtur, unde etiam pupillus tenetur, cujus maximus alioqui favor eſt, ut dix. *ſupra de auctorit. tut. in princ.* adde *l. 8. C. de donat. int. V. & Ux.* & *§. 2. Inſt. de off. jud.* ubi Imp. *etſi hereditas petita ſit*, ait, *eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de ſingularum rerum petitione.* Opponuntur *l. 40. in f. de A. R. D. l. 4. §. 2. Fin. regund. l. 33. C. de R. V. l. 4. §. 19. de uſucap. l. 25. §. 11. de hered. pet. l. 70. §. ult. cum ll. ſeqq. d. Leg. 2.* juncta *l. 6. C. de R. V. l. 21. de hered. vel act. vend.* & quæ præterea habent Vinnius *hic* & D. Tim. Faber *diſp. 14. th. 7.* quibus omnibus diluendis hæc theſis non ſufficiat; videbimus *alibi, in lib. 6. Digreſſ.* Diſſentit etiam Scholiaſtes noſter ad *poſit. 97.* abſque rationibus propriis.

N. ADDIT.

Sufficit, quod citaverim Struvium XI. 23. & ibi reſolut. *ex quo facile ſatisfiet Autori. Saltem potiſſimam ejus rationem deſtruimus: Scilicet, eandem eſſe rationem hereditatis petitionis & rei vindicationis, negamus. Cur in hereditatis petitione fructus conſumti computentur, ex quibus b. f. poſſeſſor eſt locupletior, (v. g. ſi vendidit) ex eo eſt, quod in hereditatis petitione, etiam intuitu omnium rerum hereditariarum, pecunia ſuccedat in locum rei, quod ſecus eſt in rei vindicatione.*

49. Interim verum eſt, ejusmodi computationes, an b. f. poſſeſſor ſit locupletior nec ne, reddere lites intricatas. Unde hodierna praxis haud inutiliter recepit, ut fructuum ante initium litis perceptorum reſtitutio non exigatur, *licet extent*, ait D. Vinnius ad *hunc §. n. 11.* quanquam Sandius *lib. 3. tit. 15. defin. 1. ſub fin.* autoresque ab eo citati, conſumptorum duntaxat meminerunt, & duriuſculum videatur, repetitionem extantium, qui vindicari poſſunt, negare Domino.

SCHOLIUM.

In foro Saxonico * *bonæ fidei poſſeſſor fructus conſumptos, ex quibus locupletior eſt factus, reſtituit.* Hartm. Piſtor. l. 4. qu. 25. 26. Carpz. III. 32. def. 28. 29. Philip. II. Ecl. 15.

N. ADDIT.

Ita quidem tum ſcripſeram, ſecutus communem errorem, dum ea, quæ deprehenduntur in libris JCtorum Saxonicorum, putant etiam obtinere in foro Saxonico, cum tamen JCti Saxonici multa diſputent theoretice, quæ nullum uſum habent in praxi. Adducit quidem Carpzovius d. def. 28. *ſententias Scabinorum. Sed vereor, ut ibi per vocem* erübrigte Früchte *intelligantur fructus conſumti, in quibus quis locupletior eſt factus, ut quidem Carpzovius explicat. Mihi potius videntur intelligendi extantes. Nam* erübrigte Früchte *ſunt* die noch übrig ſind, *quæ adhuc extant. Imo & de his vix caſus eſt dabilis, ut in praxi magnus talium ſententiarum uſus ſit, quia in foro Saxonico fructus tanquam res mobiles anno præſcribuntur.* vide *Hartm. Piſt.* d. q. 26. in fine. *Carpz.* d. def. 29.

Id Juris communis rationi conſentaneum eſt, b. f. poſſeſſorem ad extantes fructus, quos per triennium poſſedit, utpote uſucaptos, reſtituendos non teneri, *l. 4. §. 5. ibique gl. de uſucap.* Sed cum impenſis, quas prætendit, compenſari debere & hos, & conſumptos, dictum *ſupra*; probaturque a Sandio contra Ant. Fabrum &

* Uſu Saxon. bonæ fidei poſſeſſorem ex fructibus conſumtis teneri, quatenus factus eſt locupletior, docent Hopp. *ad § 35. I. h. Uſ. hod.* Carpzov. *p. 3. C. 32. d. 28.* Nec obſtat, quod fructus a fundo ſeparati tanquam res mobiles, Jure Saxon. anno, 6. ſeptimanis & 3 diebus uſucapiantur, ut recte ſentit Hartm. Piſtor. *l. 4 qu. 26. n. 20. ſq.* Heig. *p. 1. qu. 16. n. 34. ſ.* Balbum *de Præſcr. p. 4. qu. 35. n. 1.* licet diſſent. Jacob Schultes. *qu. 35.* poteſt enim contingere, ut de conſumptis b. f. ſed nondum uſucaptis fructibus, lis poſſeſſori moveatur.

Digitized by Google

Collegas ſuos, *d. tit. 15. def. 2.* Malæ fidei poſſeſſor nullos omnino fructus lucratur; non perceptio, non conſumptio eum a delicto abſolvit, ideoque omnes reſtituere vel ipſos, vel æſtimationem cogitur, *d. §. 35. in f. d. l. 22. C. de R. V.* Imo de his etiam, quos percipere honeſte potuiſſet, ſed neglexit, convenitur, *l. 33. de R. V. l. 5. C. eod.* quia non tam quid ipſe perceperit, quam quid dominus fuiſſet percepturus, ſpectatur, *l. 62. §. 1. de R. V.* Omnes autem bonæ f. poſſeſſores incipiunt eſſe m. fidei, cum amittunt bonam, id eſt, ubi ſcire cœperunt rem eſſe alienam, *l. 23. §. 1. de A. R. D.* Quia autem lite mota, multo magis utrinque conteſtata, rei alienæ conſcientia inducitur, ideo interrumpitur acquiſitio fructuum poſt litem conteſtatam, *l. 22. C. de R. V. l. 4. §. 2. Fin. reg.* imo poſt motam controverſiam, *l. 25. §. 7. de hered. pet.* quibus contraria videtur *l. 25. §. ult. de uſur.* ad quam alibi reſpondemus *ad tit. ff. de Hered. pet. Poſ. 15. & ſeqq.*

50. (m) Quemadmodum b. f. poſſeſſores, ita & uſusfructuarii, fructus acquirunt percipiendo, * quippe cum uſusfructus nihil ſit aliud, quam jus percipiendi emolumentum ex re aliena, ut in loco videbimus. Non tamen ita ſimile jus eorum eſt, ut non aliquæ ſint differentiæ. Nam primo b. f. poſſeſſor perceptione fructuum defungitur, cum a ſolo ſunt ſeparati duntaxat, ut *ſupra* diximus. Fructuarius perceptionem abſolviſſe non cenſetur, niſi poſtquam fructus plene collegerit, ut diſcimus ex Juliano in *l. 25. §. 1. de uſur.* quem in eandem ſententiam citat Paulus *in fine l. 13. ff. Quib. mod. uſusfr. amit.* qui tamen ipſe *initio Legis* aliter differere videtur, quod per ultima verba ſine dubio corrigitur. Notandum autem in locis *citatis*, perceptionem plenam & collectionem fructuum, vocari per excellentiam, vel reſpectu fructuarii, *perceptionem*, ne quis putet, ſeparationem a ſolo non eſſe pro *perceptione* in b. f. poſſeſſione habendam, *§. 37. h. t.* Alterum diſcrimen eſt, quod b. f. poſſeſſore, fructibus nondum perceptis, moriente, nihil obſtet, quo minus heres in titulum ejus & jus, apprehenſa poſſeſſione, ſuccedat, fructusque a defuncto ſatos percipiat; ſed mortuo ante perceptionem fructuario, cum jus ejus mere ſit perſonale, nec ad heredem tranſeat, *§. 3. I. de uſufr.* deficit cauſa, per quam heres fructus a defuncto ſatos percipere poſſit, ideoque dominus proprietatis eos percipit & acquirit, refuſo heredi operæ atque impenſarum pretio, juxta ea, quæ *ſupra* intelleximus. Ante perceptionem igitur melior eſt b. f. poſſeſſoris conditio; ſed ubi fructus ſemel percepti fuerint, acquiſitio fructuarii multo quam illius efficacior atque utilior eſt. Nam poſſeſſor etiam tertius naturales omnes, item induſtriales, ſi adhuc extent, domino evincenti, ut audivimus, reſtituere debet; Fructuarius abſolute & irrevocabiliter eos acquirit, quia non per errorem & ignorationem domini, ut poſſeſſor, ſed vi juris expreſſe in re conſtituti, fundum exercet omnique emolumento fruitur, *l. 7. de uſufr.* Atque *eadem fere de colono dicuntur*, ait Imp. *d. §. 36. in fin.* Nam ut fructuarius non aliter fructuum dominus efficitur, quam ſe ipſe, vel aliquis nomine *ipſius* eos perceperit, *hoc §. 36. pr. d. l. 13. de uſufr. amit.* ita nec Colonus. Unde ſi fur meſſem ſuſtulerit, colonus nec vindicationem, nec condictionem furtivam, quæ datur domino, habet, ſed tantum ex conducto Dominum, ut eos repetat ſibique reſtituat, compellere poteſt, *l. 60. §. 5. Locati.* plane furti actionem, quæ non jure dominii, ſed ejus quod intereſt competit, tam fructuario quam colono dari, patet ex *l. 12. §. ult. de uſufr. l. 26. §. 1. de furt.* Sed quid ſibi vult particula *fere* in *f. d. §. 36.?* Illa *παρέλκεται*, abundat, ſuperflua eſt, ait Theoph. quod de modo quidem & momento acquiſitionis verum, quia neuter fit dominus, niſi perceperint; ſed non de omnibus, quæ traduntur in hoc §. Nam in tranſmiſſione juris percipiendi, differt a fructuario colonus, quoniam hic licet pendentibus adhuc fructibus ſit mortuus, tamen ſuum jus ipſoſque fructus ad heredem

* Jure vero noſtro in fructibus induſtrialibus non tam ad perceptionem, quam ad ſemen, culturam & curam reſpicimus. Hinc quando ſemen raſtro ſubactum, Uſufructuarii heredibus fructus debentur, S. L. R. 3. *art. 76. P. 3. C. El. 31.* Carpz. *def. 1. & 5.* Struv. *Juriſpr. For. L. 2. T. 8. §. 8.* Richter. *Dec. 56. n. 5.* In Vineis reſpici ſolet ad diem Urbani. Carpz. *l. c. D. 8. 3.* Coler. *p. 2. C. 3. n. 303. ſq.* In fructibus autem mere naturalibus Jus Saxon. J. Civilis diſpoſitionem ſequitur, adeoque fructus nondum perceptos non uſufructuarii heredibus, ſed proprietario vindicat. *d. C. 32.* ibique Carpz. *def. 23. ſeq.*

(m) *Poſ. 100.*

dem tranſmittit: quia locatio conductio morte non finitur, quemadmodum uſusfructus, *§. ult. I. de locat. cond.* Hinc, moriente uſufructuario, quia dominium fundi plenum confeſtim pertinet ad proprictarium, fructus in eo ſtantes tanquam pars fundi, continuo ipſi cedunt, heres autem quia uſumfructum non habet, percipiendi quoque jure ſtatim deſtituitur, ſalva ipſi repetitione impenſarum procul omni dubio. Sic etiam fundo vendito, fructus pendentes ad emptorem pertinent, qui tamen impenſas ſimul emiſſe cenſentur, *l. 13. §. 10. de act. empt.* Quod ſi fructuarius fundum locaverit, an perinde heredi ejus penſiones cedent vi contractus, quam venditori ejusve heredi, *d. l. 13. §. 11.?* Utique pro rata temporis, quo fruitus eſt, *l. 9. §. 1. Locati.* ſed ultra mortem fructuarii conductio vim nullam habere poteſt, *d. §. 11.*

51. Genera fructuum, de quibus agitur *in §. 37.* initio hujus diſputationis ſatis ſunt explicata. Id ſingulare hoc loco adſpergitur; non placuiſſe, partum ancillæ fructuario, ut fœtus pecudum acquiri, quia abſurdum videtur, hominem in fructu hominis eſſe. Veterem eam controverſiam eſſe, Ulpianus teſtatur in *l. 58. de uſufr.* Marcum Brutum circa eam diſſenſiſſe a Manilio & Scævola, ſcribit Cicero *1. de Fin.* Sed negantium ſententia prævaluit, ob præſtantiam conditionis humanæ, cum hominis gratia omnes fructus natura produxerit. Ἀναγκαῖον, inquit Ariſtot. 1. *polit.* τῶν ἀνθρώπων ἕνεκεν αὐτὰ πάντα πεποιηκέναι τὴν Φύσιν. *Neceſſario naturam cuncta in hominum feciſſe gratiam;* rationem reddit, quia natura nihil facit fruſtra, μηδὲν μήτε ἀτελὲς ποιεῖ μήτε μάτην. Proinde cum homine nihil ſit dignius in mundo, conſequens eſſe, omnia propter hominem creata videri. Cæterum de ſententia paragraΦῆς 38. ubi de gregis uſufructu, quoniam aliena ab hac materia eſt, atque ut Cujacius loqui amat, fugitiva, ſuperſedebo, donec ad titulum de uſufructu ſit perventum. Et de theſauri inventione ejusque acquiſitione jam dictum eſt *§. 46.* Quare nunc ad *§. 40.* tranſeamus.

52. Habuimus acquiſitiones, quibus dominium nobis ſine facto alterius tribuitur; Sequitur nunc ſpecies, in qua duorum affectus & effectus, transferentis rem, & accipientis, concurrit, Traditio. Quæ poſtremus aut creberrimus Dominii jure Gentium acquirendi modus celebratur: Per hanc *Jure Naturali res nobis acquiruntur*, ait Juſtinianus in *§. 40. h. t.* Sed ratio, quam ſubjicit, *nihil enim tam conveniens eſt naturali æquitati, quam voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferri, ratam haberi,* (Accurſius ſcrupulum injicit lepidum, & valde ad rem; *Imo*, inquit, *Deo ſervire eſt convenientius.)* hæc, inquam, ratio parum abeſt ſane, quin confirmet, quod Autor certiſſimæ philoſophiæ Grotius docet *lib. 2. de J. B. & P. c. 6. pr. & §. 1. item cap. 8. §. 25. nec non Jur. Holl. 2. cap. 5.* naturaliter, id eſt, ex ſimplici dictamine rationis, ſuppoſita propagatione dominiorum, ſufficere ad alienationem dominii, declarationem perſpicuam domini de re ſua in alium transferenda; ſive ut Imp. *voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferri.* Porro Grotius; *Ut vero Traditio etiam requiratur, ex lege eſt civili,* inquit, *quæ quia a multis gentibus recepta eſt, jus gentium improprie dicitur.* D. Wiſſenbachius *diſp. 1. de mut. th. 4.* notat Grotium, quod traditionem vocet *Commentum* Juris Civilis, *l. 2. c. 12. n. 15.* & quidem *parum civiliter!* aliaque addit, ex quibus putaſſe videtur, id in contemptum Juris Romani a Grotio dictum, quo nihil magis ille procul habet, imo in *objecto loco*, de traditione ὐδεὶς λόγος habetur, ſed de aliis circa venditionem ſingularibus, nec usquam de traditione *commenti* vocabulo, quod ſciam, utitur, etſi hoc poſitum quoque nihil gravius ſignificaret. Quæ D. Vinnius & alii in contrarium diſputant, alibi refellimus.

(n) Sed quid eſt Traditio? Theophilo definitur, ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις, *de manu in manum translatio;* nimis tropice, cum rebus immobilibus, quarum eſt vera quoque traditio, proprie utique non conveniat. Hic conſideratur tanquam modus acquirendi dominii, itaque poteſt definiri; *Translatio rei corporalis, facta* idoneo titulo, per eum, *qui jus & animum alienandi habet.* Primo enim requiritur, ut res, quæ traduntur, ſint corporales, quia traditio non fit aliter, quam applicatione corporis ad corpus; unde rerum incorporalium non niſi impropriam eſſe traditionem, mox videbimus. Sciendum quoque II. rem debere talem eſſe, quæ ſit in commercio; non ſacra, religioſa, publica, vel ſimilis, *de quibus alibi.* Præterea III. tradens debet habere jus alienandi. Nam ſi dominus non ſit, aut dominus quidem,

(n) *Poſ. 101. & ſeqq.*

ſed

ſed adminiſtrandi expers, *qua de re ſuo loco*, traditio ejus dominium handquaquam tribuit. Sic etiamſi jus alienandi habeat, niſi tamen IV. animus dominii transferendi adſit, nihil hactenus agitur: Nam traditiones, quæ in commodato, pignore, depoſito, ſimilibusque cauſis intercedunt, nihil ad hanc rem pertinent. Præterea V. requirit Imp. in *d. §. 40.* ut cauſa ſive titulus ad dominium comparandum habilis præcedat, quales hic numerantur, donatio, dotis datio, venditio; præter quas ſunt & aliæ, ut permutatio, mutuum, ſtipulatio, transactio, in ſolutum datio, legatum &c.

SCHOLIUM.

Adderem & hoc requiſitum, ut adſit accipientis voluntas & conſenſus, Strauch. VI. 38. *Imo & ejusdem habilitas, hoc eſt, ut ipſe quoque rem in commercio habeat. Nam requiſita, quæ Autor recenſet, id efficiunt ſaltem, ut dominium a me abeat, non autem ut in alterum tranſeat.*

RESPONSIO.

Jam antea dictum eſt, in omni acquiſitione ſupponi ut neceſſarium, Acquirentem dominium, eſſe præditum animo & jure ſibi acquirendi, ut hoc identidem in ſingulis acquirendi modis inculcare, viſum ſit ſupervacuum.

N. ADDIT.

Ergo pax eſt inter nos, ſi modo addas, ſuperflua non nocere.

53. Poſt definitionem occurrit memorabilis quæſtio; an & quomodo ad transferendum traditione dominium, requiratur *vacua* rei poſſeſſio. Donellus enim ſecutus antiquos Dd. 4. *comm. 19.* ſtatuit, ſufficere factum traditionis nudum, quando Dominus corporalem rei apprehenſionem alteri, in quem jus ſuum transferri vult, ſimpliciter præſtat, etſi alius animo rem abſens poſſideat. At recentiores plerique hanc ſententiam repudiant, neque aliter res traditione noſtras fieri volunt, quam translatione vacuæ poſſeſſionis, hoc eſt, ita liberæ, ut res a tertio non poſſideatur. D. Vinnius *l. 1. partit. c. 20.* autorem ſuum Donellum ſecutus, poſtea recantat, & contra eum ex profeſſo diſputat in *Comm. ad hunc §.* Nobis ea, quam *Doctores* & Donellus tuentur, magis arridet opinio: hac imprimis ratione, quia naturaliter certum eſt, ad transferendum dominium ſufficere declarationem Alienantis, ut modo abunde probatum. Jus Civile, an Gentium, ad majorem certitudinem, novum actum continuatæ voluntatis & executionem ejus requirit, non alio fine, quam ut perſeveratio in priore conſenſu clarius liqueat. Jam ſi actus ille ad hoc ſignificandum ſatis ſit efficax, rationi juris poſitivi ſatisfactum eſt: Traditionem eam eſſe omnino oportet; & ſi talis ſit, ut dominum rem, quam addixerat alteri, apprehendendam ei præbeat, non poteſt dubitari, quin is actus ſatis ſit perſpicuus ad conſtantiam voluntatis oſtendendam. Quod ſi nunc apud alium nihil ſit juris, quo tradens impediatur liberum exercere dominii arbitrium, quid vetat tranſire dominium? Alius abſens poſſeſſionem habet? nihil obſtat, neque enim hic de poſſeſſione, quæ ad ipſum, ſed de dominio agitur; cujus effectus, qui juris eſt, nullo modo impediri a poſſeſſione poteſt, quæ facti eſſe & cum dominio nihil commune habere, dicitur *l. 12. §. 1. de Acquir. poſſ.* Dominus tradens rem, abſente poſſeſſore, nihil juri ipſius præjudicat, Interdictis experiatur. Quid cauſæ eſt, cur poſſeſſor domino plus præjudicii ferat, quo minus jus ſuum alienet, quam hic illi? Poſſunt pariter conſiſtere poſſeſſio in eodem loco, & mutatio dominorum. Et quid? An rem a fure detentam domino vendere non licebit, & tradere, ſi copia detur? an furis poſſeſſio domini jus implicabit? Id quidem oportebat, ſi absque vacua poſſeſſione dominium tranſire non poſſet; ſed aliter docet *l. 10. §. 2. de Condict. furt.* Dominus alienavit rem a fure poſſeſſam, id eſt, dominium tranſtulit, unde condictionem, quæ ſoli domino datur, *l. 1. d. t.* amiſiſſe dicitur; & quidem *facto* ſuo rem alienavit, inter vivos, ut e textu liquet, quod aliter quam de traditione intelligi nequit. Alienatio enim inter vivos ex facto domini, non poteſt excogitari aliter, quam per *traditionem* celebrata: adde *l. 16. de fund. dot.* Quæ ab adverſa parte proferuntur, alibi refellenda. Vid. Vinn. *h.*

54. Porro quamvis Traditio jure poſitivo introducta, & a naturali ſimplicitate aliena, etſi non contraria ſit, tamen Jus Romanum vetus ſola traditione ad Dominii propagationem minime contentum erat, ſed plura deſiderabat ſolennia. Præſertim in mancipatione atque in jureceſſione, quibus modis dominium Quiritarium conſtituebatur, ut dict. *ſupr.* Sed traditione ſola Bonitarium duntaxat dominium quærebatur in rebus *nec mancipi*, ut prædiis provincialibus, quæ ſtipendiaria & tributaria dicebantur.

Digitized by Google

tur. Nam victis bello populis, Romani dominos ſe ferebant prædiorum, quæ aut vendebant, aut in plebem vel milites veteranos partiebantur, aut denique reddebant dedititiis, tributo ſive ſtipendio iis impoſito, Liv. *l. 3. in fin.* Sic ut τὸ κυριώτατον, jus ſummum, penes Remp. Rom. tota rei utilitas & libera diſpoſitio ipſorum eſſet provincialium, ἐπικαρπία καὶ πληρεστάτη κατοχὴ, *emolumentum & pleniſſima poſſeſſio*, interpretatur Theophilus. Et hoc jus, dominium *Bonitarium*, ac ſummum illud civium Rom. *Quiritarium* vocabatur. Longe autem diverſa ratio fuit *bonitarii*, quam ejus, quod *utile* vulgo appellatur. Provinciales enim nullo non dominiorum jure & effectu, tam in adminiſtrando quam alienando gaudebant, neque cogniti erant modi, quibus bonitarium dominium, ut hodie emphyteuſis, amitteretur. Traditione igitur olim non Italica, ſed ſtipendiaria & tributaria prædia alienabantur, quomodo *quæ in provinciis ſunt* vocabantur, ait Imp. Eodem modo Gloſſarium vetus Græcum, & Theoph. ſtipendiaria prædia appellant, τὰ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις κτήματα, *Poſſeſſiones provinciales*. Atque ita eſt, quod talia non niſi in provinciis fuerint; cave interim putes, cuncta in provinciis prædia fuiſſe tributaria & ſtipendiaria; non paucæ enim per provincias civitates Jure Italico donatæ erant, quæ immunitate gaudebant, ut Hotomannus *hic* monet; ideoque Tribonianus provincialia non expoſuit una voce, quod alias expeditius erat, ſed ita circumlocutus eſt, ut ſignificaret, eſſe in provinciis agros, qui onera provinciarum non ferrent. Haud perinde explicuerim, quid his verbis ſibi velit Imp. *Itaque ſtipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur.* Indicant enim, olim ea per traditionem alienari non potuiſſe, verum nova Juſtiniani conſtitutione in *l. un. C. de uſuc. transform.* id introductum eſſe, quod ſine dubio falſum. Traditionem eſſe rerum nec mancipi, docet Ulp. *tit. 19. §. 6.* Res mancipi non traditione, ſed aliis modis alienabantur, de quibus *ſupr.* dix. Jam prædia Italica erant mancipi, Provincialia ſecus. Ergo hæc tradi potuerunt, illa non poterant olim, hodie per *d. l. un.* poſſunt; dicendum igitur; *ipſa Italica quoque prædia eodem modo alienantur.* Theophilus evitavit hoc vitium ſua paraphraſi, cum οὐ διαφέρομαι δὲ ὁποῖον δήποτέ ἐστι τὸ παραδιδόμενον πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ δεσπότου, inquit, εἴτε ἀγρὸς Ἰταλικὸς, εἴτε στιπενδ. &c. *Non diſtinguo, qualis ſit res, quæ traditur a domino, ſive ager Italicus, ſeu ſtipendiarius &c.* Denique Juſtiniani, inquam, tempore certum eſt, nihil fuiſſe diſcriminis inter acquiſitionem prædiorum, quæ in Italia, & quæ in provinciis erant, nedum inter tributaria & ſtipendiaria; ſed hodie omnium dominia per Traditionem indiſtincte transferri, * *d. §. 40. & l. un. C. de uſucap. transform.*

55. Quoties igitur Traditio facta eſt ab eo, qui jus & animum alienandi habet, neceſſe eſt tranſire dominium. Animus autem cum titulo ſive cauſa conjunctus eſſe ſolet, cujus diſcrimen a *modo* acquirendi dominii, qualis Traditio, indicavimus *ſupra*. In ſola venditione, etiamſi cauſa præceſſerit, eamque traditio ſecuta ſit, tamen dominium non transfertur, niſi emptor venditori pretium ſolverit, vel alio modo ei ſatisfecerit, aut denique venditor ſine ſolutione & ſatisfactione emptori fidem de pretio habuerit, *§. 41. h. l. 19. de contrab. empt.* Atque hoc Lege XII. Tabb. fuiſſe comprehenſum, teſtatur *hic* Imp. Imo παρὰ πᾶσι τοῖς ἔθνεσιν πολιτεύεται, apud omnes gentes id obſervari, affirmat Theophilus; & recte dicitur, addit Imp. etiam jure gentium, id eſt jure naturali, id effici, quod dictat, non amitti dominium, priusquam dominus prior animum amittendi habuerit; ſed venditor, quoniam unice pretii cauſa contrahit, animum dominii amittere non videtur, niſi poſtquam ſecurus de eo eſt, quod vice rei expectat. Hinc ſequitur, ſi fidem de pretio non habuerit, poſſe venditorem jure dominii rem venditam atque traditam, ubicunque ſit, vindicare, de concurſu aliorum creditorum nihil ſollicitus, cum quibus alioqui, ſi fidem emptoris ſecutus fuerit, parem cauſam habebit, niſi res ſpecialiter ei pro pretio ſit obligata, *l. 7. C. Qui pot. in pign.*

* Jure Saxon. Comm. prædia tantum avita, Cenſitica & Emphyteutica, judicialiter tradi debere, alias dominium a priſtino poſſeſſore non transferri, *a. L. R. L. 1. art. 9. & 34.* affirmat Franzk. *L. 2. Reſ. 12. n. 8.* H. Piſt. *Obſ. 230. n. 8. ſqq.* Philipp. *ad Dec. El. 61. Obſ. 1. n. 5.* Sed Electorali Saxon. Jure indiſtincte in traditione omnium rerum immobilium requiritur, ut Dominus in manus judicis ſuum dominium reſignet, & is, qui in ſe dominium transferri cupit, de eo inveſtituram a judice accipiat. *Dec. El. 61.* Berlich. *p. 3. d. 354. n. 1.* Carpz. *Deciſ. 147.* niſi conſuetudine aut Statuto legitime confirmato aliud fuerit introductum, *d. Dec.*

pign. vel prætextu emptionis a fraudatore ad tradendum fidemque habendum doloſe inductus ſit, *arg. l. 3. de pign. act.* Gail. *2. obſerv. 15. n. 6. & ſeq.* Excipiuntur quoque Argentarii, quibus jus vindicandi rem venditam competit, donec τὸ τίμημα λάβωσιν, *pretium recipiant*, ſine diſcrimine, fidem aut hypothecam habuerint vel non, *Nov. 136. c. 31. §. ſi tamen.* Satisfactio, de qua modo, opponitur Solutioni, *l. 6. Quib. mod. pign. ſolv.* quid autem hic ſub ſatisfactione contineatur, docet Imp. in *h. §. 41.* & Ulpianus in *l. 9. §. 3. de pign. act.* Satisfeciſſe Emptor dicitur, ſi expromiſſorem vel *partem pretii* dederit, vel nuda conventione, & quoties venditor contentus fuit, per *d. l. 9. §. 3.* adeo ut hac generali ſignificatione, nunquam fides de pretio haberi poſſit, quin etiam *ſatisfactum* dici queat; verum in hoc *§. 41. &* in *præd. l. 9.* ſimplex fidei adhibitio ſatisfactioni diſerte opponitur, quæ proinde ad cautionem realem vel perſonalem reſtringenda erit. Quod autem Schneidewinus *ad hunc §.* velut ex communi Dd. ſententia monet, ex qualibet traditione in dubio præſumi fidem emptori eſſe habitam, non ſine ratione Bachovio, Vinnio aliiſque diſplicet, & ex vetuſtioribus Joh. Faber *ad h. §. n. 2.* contrarium ſuo tempore exiſtimatum fuiſſe ſcribit. Præſumendum potius videtur, fidem non eſſe habitam, niſi id aliquo facti veſtigio perhibetur. Rem ſuam nullus venditor dimittere creditur, niſi conſtet, eum de hoc ſecurum eſſe, propter quod rem alienat. Naturali Juri id convenire, affirmat Imp. proinde affectus rem retinendi, niſi de pretio ſatisfiat, eſt naturalis; vulgatumque eſt, quod Naturalia ineſſe creduntur, quamdiu contrarium aperte non liquet. Si dicas, ex ſola traditione id conſtare, principium petes: nam hoc quæritur, an traditio ex cauſa venditionis dominium transferat. Negatur, niſi fides ſit habita, quod inepte per traditionem ipſam probes; aliud ſine dubio oportet accedat, nempe ſi venditor fidejuſſorem vel pignus acceperit: ideo enim illa fiunt, ut fides, quæ ipſi emptori non habetur, in alia re vel perſona acquieſcat. Eſt & fidei habitæ argumentum, ſi terminus ſolutioni ſit appoſitus, *l. 3. C. de pact. int. empt. & vend.* aut ſi dixerit emptori venditor, ut fit, rem tibi nunc habeto, pretium poſtea dabis. Nonne etiam, ſi in libros rationum ſummam pretii retulerit, nomen factum, itumque eſſe in creditum dicemus? Utique, inprimis ſi rem non modo tradiderit, ſed emptorem ea diutius ſit uti paſſus, ſolutionem non urgens, dubitari vix poteſt, quin fidem habitam eſſe appareat.

56. (o) Utrum vero dominus ipſe rem tradat, an alieno utatur miniſterio, nihil intereſt, *§. 42. h. l. 9. §. 4. h. t.* ideoque ſi dominus ſpeciale mandatum alienandi rem ſuam alteri dederit, quin is ſecundum voluntatem ejus dominium transferat, dubium non eſt. Sed an generale mandatum ad omnia bona ſufficiat, quæritur. Imp. ex *l. 9. §. 4. h. t.* rem ita accipientis ait fieri, ſi tradat is, cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio fuerit. Plerique in voce *libera* putant διαστολὴν eſſe, unde procuratorem generalem faciunt duplicem, vel ſimpliciter totorum bonorum, vel *cum libera* ſcil. adminiſtratione; ut ea ratione textus concilient, quorum aliis procuratori omnium bonorum tribuitur jus alienandi, ut *hoc §. 42. & d. l. 9. §. 4. l. 58. de Procurat.* aliis negatur, *l. 63. eod. l. 16. C. d. tit.* Duareno, Donello, Bachovio aliiſque diſplicet hæc diſtinctio. Nam quid intereſt, ait D. Vinnius, ſimpliciter adminiſtratio univerſorum bonorum mandata ſit, an adjecto verba *libera?* Hæc quidem alterius loci quæſtio fuerit; ſed objectæ *Leges 63. D. & 16. C. de procurat.* ut & *lex 60. D. eod.* accipi forte queant de alienatione, quæ fit præter rationem adminiſtrationis contraque utilitatem domini & præſumptam ejus voluntatem, *vid. l. 12. de pign. act.* Atque ita Leges, quæ procuratori generali modo tribuunt, modo negant alienandi facultatem, non illa diſtinctione quæſita, ſed hoc modo conciliandæ erant, ut alienationem valere dicamus, ſi evidens domini utilitas eam commendet; non procedere, ubi ſecus comparatum eſt.

57. Hactenus de traditione propria & uſitata, quæ fit poſſeſſione tranſlata & corpore ad corpus adjuncto. Sed uſus rerum hominumque, ſpecies quaſdam inſolitas & analogicas invexit. Propter quas dicendum eſt, Traditionem eſſe propriam vel impropriam. Propria eſt, inquam, rei corporalis tranſlatio naturalis, φυσικὴ μετάθεσις, qualem natura cujusque rei admittit; ſi facile moveatur, translatione de manu in manum, ſi difficulter, exhibitione præſenti, *l. 1. §. pen. de acquir. poſſ.* Si res immobilis ſit, traditio perficitur inductione in fundum, vel domum, pedibus in quamlibet ejus

(o) *Poſ. 109.*

par-

partem illatis, *l. 3. §. 1. h. t.* Impropriam traditionem dicimus eſſe, vel incorporalium rerum, vel etiam corporalium. Incorporalium, veluti ſervitutum, in quibus loco traditionis, ex parte accipientis eſt uſus earum, *l. ult. de Servit.* ex parte concedentis, patientia, *l. 1. §. ult. de S. R. P.* quibus textibus collatis, dic *patientiam uſus* pro traditione ſervitutum haberi; Ita enim eſt in *l. 3. pr. de uſufr.* dare uſumfructum heres intelligitur, ſi legatarium *patiatur uti* frui. Impropria rerum corporalium Traditio, erit nobis ficta, vel ſymbolica, quæ diſtinctio, etſi vulgo non uſurpata, neceſſaria tamen viſa fuit; alioqui minuendis potius, quam terminis Artis augendis operam eſſe dandam intelligimus. Ficta vocatur, cum poſſeſſio pridem exiſtens apud eum, qui faciendus eſt dominus, ex nova cauſa in ipſum translata fingitur, *ἐπειδὴ πρoϋπῆρχε Φυσικὴ κατοχὴ, quia naturalis detentio præexſtitit*, habet Theoph. idque exemplis rerum commodatarum, locatarum & depoſitarum declaratur in *§. 43. h. t.* quæ ſi vendantur aut dono mutuove his, qui tenent eas, dentur, dominium immediate in illos transfertur, quaſi res ad priores dominos reverſæ ac denuo ipſis traditæ eſſent, quæ fictio, brevis manus dicitur in *l. 43. §. 1. de jur. dot.* cum ordo rei geſtæ occultatur, ut Celſus *l. 3. §. pen. de don. int. V. & ux.* Symbolicam vocamus, cum non res ipſa traditur, ſed actus aliquis repræſentans traditionem celebratur. Sic merces pro traditis habentur, quando claves horrei vel cellæ in loco traduntur, *l. 1. §. pen. de acq. poſſ. §. 45. h. l. 47. de contrab. empt.* Trabes videri traditas ait Paulus, quas emptor ſignaſſet, *l. 14. inſ. de peric. rei vend.* Eodem pertinet, quod traditione inſtrumentorum fundus pro tradito habeatur, *l. 1. C. de Donat.* Diſtinguimus hanc ſymbolicam a traditione ficta, quoniam ubi fictio locum habet, ibi nihil eſt geſtum, ſed in illis ſpeciebus, utique celebrati ſunt aliqui, licet improprii ac ſymbolici actus. Nihil geri, & aliquid analogum geri, ſane toto genere differunt. Imo videri poſſet, ſignatione trabium pene propriam abſolvi Traditionem, non minus quam ſi venditorem quod emerim deponere in mea domo juſſerim, tunc enim poſſidere me certum eſt, quanquam id nemo dum attigerit. Sic etiam, ſi vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonſtret, vacuamque ſe poſſeſſionem tradere dicat, non minus poſſidere cœpi, quam ſi pedem finibus intuiiſſem, *l. 18. §. 2. de acq. poſſ.* Eo quadrat, quod Xenocrates apud Plutarchum *in lib. περὶ πολυπραγμοσύνης*, licet alio fine differit, *μηδὲν διαφέρει*, inquit, *ἢ τὰς πόδας ἢ τὰς ὀφθαλμὰς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι. Nihil referi, utrum oculos an pedes in alienam domum inferas.* Non eſt talis ficta traditio, quoniam actus vere celebratur, neque ſymbolica, quia nullum adhibetur ſignum; ſed inſolita, attamen vera, ut videtur. Alii hanc fictionem longæ manus appellant. Corvin. *in erotem. h.*

58. Facilius ad Symbolicam Traditionem retulerim, Scotationem & Effeſtucationem, quæ poſt jus Romanum invectæ ſunt. De Scotatione eſt textus in *cap. ex literis. 2. de Conſuetud.* ubi Innocentius III. *Hanc*, inquit, *conferendi formam eſſe proponis, quod in hujusmodi donationibus modicum terræ conſuevit in manus accipere, vel in extremitate pallii, quod manu Prælati Eccleſiæ ſuſtinetur aut ſuper altare ponendum, ſub teſtimonio videntium & audientium, ſub dicta forma, quæ Scotatio vulgariter appellatur.* Effeſtucatio eſt Traditio ſolenniter in judicio facta, cum venditor feſtucam ſive baculum manu tenens eumque abjiciens, cedere ſe poſſeſſione alteri declarat, quod Galli *werpir* appellant, qua de re vid. Goris *adverſ. tract. 3. part. 1. cap. 1. n. 13. & ſeqq.* Et his modis ipſam transferri poſſeſſionem, ut non opus ſit alia apprehenſione, probat Frider. Sandius *comment. de effect. cap. 2. n. 8. & ſeqq.* Etiam hi ritus valde ſimiles mancipationi & in jure ceſſioni Romanorum videntur, niſi quod tantum in rebus immobilibus obtineant. In mobilibus nihil diverſi a jure civili receptum conſtat.

59. (p) Traditio, ut dictum, eſt Translatio *poſſeſſionis.* Quid eſt Poſſeſſio? Græci *βασιλικῶν lib. 50. tit. 2. l. 1.* dicunt, eam eſſe *Φυσικὴν κατοχὴν, detentionem naturalem.* Theophilus vocem *Φυσικὴν* explicat *pr. Inſt. de interdict.* *Σωματικῆ*, inquit, *πράγματος κατοχὴ, Rei corporalis detentio.* Sed bene monent Interpretes, aliquid addi oportere, quo intelligatur, eum, qui rem obiter mox reddat, ſine titulo aut animo detinendi, non poſſidere. Ideo pleriqe adjiciunt, *cum affectu ſibi habendi*, etiam Grotius *lib. 2. c. 2. pr. Juriſpr. Holl.* ut excludantur uſufructuarii, coloni, commodatarii,

(p) *Poſ. 115.*

Digitized by Google

precario tenentes, depoſitarii & ſimiles. Non incommodam fore doctrinam eam, facile apparet, eaque lubenter uterer, ſed tot expreſſis juris textibus, qui enumeratis iſtis poſſeſſionem tribuunt, quid faciendum? De uſufructuariis eſt *l. 12. pr. de acquir. poſſ.* De colono, commodatario, depoſitario textus in *l. 2. §. 1. pro herede. l. 3. §. ult.* cum *l. ſeq. Ad exhib.* De precario *l. 4. §. 1. & ult. l. 15. §. 4. de precario.* Cum his Jura poſſeſſionem tribuant, eam mihi religio eſt negare, quamvis affectu rem ipſam ſibi habendi careant. Atqui nec creditor, quem omnes poſſidere fatentur, ex *l. 13. §. 1. de publ. in rem act.* iſtum animum habere videtur, ſed tantum cuſtodiendi, donec pecunia ſolvatur. Vix eſt igitur, ut verba illa generali poſſeſſionis definitioni conveniant.

60. Bachovius ad Treutl. *diſp. de acquir. poſſ. th. 1.* definit poſſeſſionem cum vetuſtis DD. *Jus rei corporali inſiſtendi*, ſignificantius quam Græci *detentionem* dicunt; nam factum detinendi rem nudum, per verbum *jus* ſatis excluditur. Sed hoc ſcrupuli reſtat, definitionem illam videri convenire & ei, cui poſſeſſio per injuriam erepta eſt. Nam qui de fundo vel ædibus per vim dejectus eſt, nonne is habet *jus rei inſiſtendi?* Omnino, & in hunc finem, adeoque vi hujus juris, habet interdictum recuperandæ poſſeſſionis. Proinde *ei*, qui poſſeſſionem non habet, congruit hæc definitio, quod eſt emendandum. Dicamus igitur, poſſeſſionem eſſe *jus, quo res corporalis detinetur*, ſcilicet actu & in præſenti, non tamen corpore ſemper, ſed etiam animo, uti mox. Poteſt etiam cum Vinnio in hoc ſenſu generali Poſſeſſio definiri, detentio rei corporalis, cum animo ſibi, aut alii, eam habendi, *l. 2. Quæſt. c. 36.*

SCHOLIUM.

Tὸ aut alii *non agnoſco; Nam depoſitarius v. g. & commodatarius, quamvis habeant animum hanc rem habendi deponenti & commodanti, poſſeſſores tamen non ſunt, ſed nudi detentores,* l. 6. Depoſ. *juncta* l. 38. in fin. & l. 3. §. ult. de acquir. vel amitt. poſſ. *Et præterea deponens per depoſitarium poſſidet: Ergo depoſitarius poſſidere non poterit, quia duo eandem rem in ſolidum non poſſident. Confer omnino Auctorem in* Prælect. ad tit. de Interd. n. 8.

RESPONSIO.

Probatum eſt e textibus ſupra adductis, Poſſeſſionis vocabulum iis etiam, qui pro alii habere volunt, frequenter adſcribi, quorum juribus aliæ voces non conveniunt; idque fit in iis locis, ubi de poſſeſſione ex profeſſo agitur, quod ad uſum terminorum Artis inprimis pertinet. Ideoque in poſſeſſione plane ſe res habet, ut in adoptione, morte, ut in publicis rebus, aliiſque fit locis, ubi Ars ipſa voces in latam ſtrictamque ſignificationem diſtinguit. Leges adductæ a Scholiaſte nihil probant, excepta l. 3. §. ult. *quæ poſſeſſionis vocem negat creditori in poſſeſſionem miſſo; quia Paulus ibi de poſſeſſione, per quam itur ad dominium, tractat. Ultimo argum. reſpondebitur ad* d. tit. de Interd. n. 8.

N. ADDIT.

Imo vero dum in d. l. 3. §. ult. *poſſeſſio & cuſtodia ſibi invicem opponuntur in creditore, probat etiam ſententiam noſtram* l. 6. depoſ. *quod nempe depoſitarius non poſſideat, quia videlicet res ei ibidem dicitur tradi ad cuſtodiendum & reddendum. Denique in* alleg. tit. de interdictis n. 8. *nihil invenio, quod ad reſponſionem contra ultimum meum argumentum trahi poſſit.*

(q) Diviſio poſſeſſionis in Naturalem & Civilem, habetur in *l. 1. §. 9. de vi arm.* Naturalem intelligimus, Jus, quo res corporalis ſine opinione Dominii detinetur, quæ in *citatis textibus* tribuitur perſonis modo recenſis. Hæc alias corporalis appellatur, *l. 25. §. ult. de acquir. poſſ.* non modo reſpectu commodatarii, depoſitarii & ſimilium, ſed etiam creditoris, in *l. 40. §. ult. de pign. act.* adeo ut ſi quis dicat, naturalem poſſeſſionem improprie adſcribi reliquis, huic idem de creditore ſit dicendum, de quo tamen poſſeſſio proprie dicta prædicatur; Naturalis ſolet juſta, vel injuſta eſſe, *l. 2. Uti poſſid.* Juſta eſt ſine affectu ſibi habendi, ob alium finem limitatum, velut Fructuarii ob emolumentum, Commodatarii ad uſum, Creditoris, Depoſitarii ad cuſtodiam; etſi creditor in caſum defectæ ſolutionis plus animi habeat. Injuſta plerumque cum affectu ſibi habendi & in proprietatem redigendi conjuncta eſt, qualis in fure, prædone, invaſore, *l. 15. de acquir. poſſ. & l. 24. de Uſucap.* ubi ſcribit JCtus, ſervum non poſſe ignoranti Domino *corporalem ſed juſtam* acquirere poſſeſſionem; unde Donellus *5. comm.* 7. naturalem poſſeſſionem colligit omnem eſſe injuſtam, ſed poteſt ita exaudiri JCtus, ut non *quamvis* corporalem, non

(q) *Poſ. 116. & ſeqq.*

talem

Digitized by Google

talem, de qua ibi agit, ſed juſtam acquirere ſervus dicatur.

61. Civilis eſt poſſeſſio, qua quis ita rem detinet, *ut ſe Dominum eſſe credat, l. 13. §. 1. de publ. in rem act. l. 21. C. de furt.* ubi: *bonæ fidei poſſeſſor Domini cogitatione poſſidet*, ψυχῇ δεσπόζοντος, ait Theoph. *ad tit. per quas perſ. cuique acquir. §. 4.* (unde nota, Poſſeſſionem bonæ fidei & civilem unum) eſſe idemque. Ita Baſilici *lib. 50. tit. 2. in fin.* Κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐςι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχὴ, *Civilis poſſeſſio eſt, detentio cum animo dominii.* Sed an hæc omnis eſt juſta? Ita multi volunt, etiam Cl. Wiſſenb. 2. *ff. 19.3.* Recte, quod ad animum & conſcientiam attinet; nam omnis poſſeſſor civilis habet opinionem Dominii, quæ eſt bona fides, *l. 22. §. 1. de nox. act.* Sed non dixerim, quod idem vir ſummus ad *l. 136. de R. J. monſtroſum eſt, dari bonæ fidei poſſeſſionem ſine titulo, aut cum titulo reprobato.* Ecce, cui res ex errore falſæ cauſæ traditur, is eſt bonæ fidei & civilis poſſeſſor, ut etiam uſucapiat, & tamen aperte titulo caret, *l. 3. pro ſuo.* Qui juris errore titulum eſſe juſtum putat, is titulum habet reprobatum, & tamen civilis poſſeſſor eſt, & bonæ fidei, quoniam dolo caret, *l. 25. §. 6. de hered. pet. & l. 2. C. ſi quis ignor. rem. min.* Quippe ad bonam fidem negativa dominii opinio ſufficit, *ſi quis ignoret, rem eſſe alienam, l. 109. de V. S.* Auguſtinus *de fide & oper. In jure*, inquit, *prædiorum tam diu quisque bonæ fidei poſſeſſor rectiſſime dicitur, quamdiu ſe poſſidere ignorat alienam.* Hinc Canoniſtæ bonam fidem ajunt eſſe, *Illæſam rei alienæ conſcientiam, cap. ult. X. de præſcript.* Ad uſucapionem tamen verum eſt, juris errorem non prodeſſe, *l. 31. de uſuc.* Igitur poſſeſſio civilis quoad animum poſſidentis ſemper juſta, quod ad titulum poteſt eſſe injuſta, ſive illegitima.

62. Cæterum, civilis poſſeſſio ſpecies præcipua eſt, eximiosque in Jure effectus habet, adeo ut per excellentiam nomen generis haud raro ſibi vindicet, inprimis ubi de uſucapione tractatur, ut in *l. 25. de uſucap.* quomodo accipiendum, quod Imperator in *d. §. 4. per quas perſ.* fructuarium *poſſidere negat*, civiliter ſcil. ut Theoph. optime interpretratur ψυχῇ δεσπόζοντος, non videtur poſſidere quoad uſucapiendum; nam de hujus jure ibi ſermo eſt; nec alio ſenſu Commodatarius, Colonus, cæterique, non tam poſſidere, quam eſſe in poſſeſſione, & miniſterium præbere dicuntur poſſeſſioni civili, cui interdicta applicantur, ut eſt in *§. 5. Inſt. de Interdict.* Comparative igitur reſpectu civilis, poſſeſſio corporalis & naturalis fere non eſt poſſeſſio, quia plerisque juris effectibus caret, quanquam poſſeſſionis nomen abſolute alias non poteſt ei negari. In uſufructuario res clara eſt, quem poſſidere utique, conſtat ex *l. 12. pr. de acquir. poſſ.* etiam cum effectu interdicti, *l. 3. §. pen. & l. 9. §. 1. de vi arm.* nihilominus in *d. §. 4.* poſſidere negatur, quod ad uſucapionem ſcilicet, civiliter.

63. Diviſio autem in naturalem & civilem poſſeſſionem, eleganter exprimitur in *l. 10. C. de acquir. poſſ.* ubi; *poſſeſſionis duplicem eſſe rationem, aliam quæ jure conſiſtit, aliam quæ corpore:* huic *jus* negatur, id eſt, præcipui juris effectus, non quod plane Jus non ſit; Eſſe enim inde liquet, quia ne furem quidem & prædonem in poſſeſſione a tertio turbari fas eſt, *per l. ult. de acquir. poſſ.* Porro jus & corpus non ſignificant hic ſpecificas differentias ſibi invicem oppoſitas, quarum una non inſit alteri. Sed quæ juris eſt, etiam in corpore conſiſtit; Qui civilem habet poſſeſſionem, is quoque naturalem habet. Hæc igitur ineſt illi: Civilis poſſeſſio eſt naturalis, addito affectu dominii. Nec tamen ideo rejicienda hæc diviſio, ut quibusdam videtur, cum idem aliis multis eveniat. Sic Dominium modo diſtinximus in nudum & plenum: atqui illud huic ineſt. Qui habet plenum, is etiam hoc tenet, quod is, qui nudum habet. Uſus & uſusfructus ponuntur ut duæ ſpecies ſub eodem genere, at qui uſumfructum habet, idem & uſum, *nam fructui uſus ineſt, & fructus ſine uſu eſſe non poteſt, l. 14. §. 1. de uſu & habit.* Quare cum poſſeſſio naturalis & civilis utraque ſit corporalis, hinc non animo ſolo, ſed & corpore ad acquirendam eam opus eſt, *l. 3. §. 1. & l. 8. de acquir. poſſ.* Retinetur autem ſolo animo, *l. 3. §. 11.* perinde & amittitur, *l. 3. §. 6. in fin.* quæ ut concilianda ſit cum *d. l. 8.* dicendum eſt alias.

TIT. II.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

Diviſio rerum in corporales & incorporales. Quid hæ. Hereditas quo ſenſu incorporalis. Corporalia exponuntur. De mobilium & immobilium differentia.

SUpereſt adhuc tertia rerum diviſio, quam imperator in ultimum locum *titulo diſtincto* rejecit, ut tranſitum ad tractatum de Servitutibus haberet. Ea eſt, quod Res ſint Corporales, quæ ſui natura tangi poſſunt, veluti fundus, homo, veſtis &c. Vel incorporales, quæ tangi nequeunt, *tit. I. de reb. corpor. & incorp.* Quam diviſionem habent noſtri a Phyſicis, ait Giphanius *hic.* Sed hi quidem alio ſenſu, quia ſubſtantias ita dividunt, & per res incorporeas ſpiritus intelligunt, de quibus nihil JCti, ut nec Phyſici quicquam de rebus, quæ in jure conſiſtunt, cujusmodi noſtra incorporalia ſunt. Incorporalia igitur omnia in jure conſiſtunt, ut hereditas, uſusfructus, Uſus & Obligatio, habet textus; quorum tamen ſubjecta materia in corporibus conſiſtit; pleraque enim, quæ ex obligatione debentur, ſunt corporalia, ut & fructus in uſu fructu, & res hereditariæ in hereditate. Quomodo obligatio differat a rebus, quæ debentur, & uſusfructus ab ipſis fructibus, nemo dubitat, ſed diſtinctio inter hereditatem & res hereditarias non eſt æque perſpicua; ut jam a Seneca inter argutas JCtorum ineptias relata ſit, *6. de benef. 5.*

2. Gajus & Julianus hereditatem definiunt, *Succeſſionem* in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. 24. de V. S. l. 62. de R. J. D.* Vinnius rejectis aliorum interpretationibus, Hereditatem ſignificare ait univerſas res hereditarias ſimul ſumptas; hoc ſenſu jus dici, & ſic differre a rebus hereditariis, ut univerſitatem a ſingularibus, quo maxime facit *l. 208. de V. S.* Bene atque perſpicue ita ſumi hereditatem, non eſt quod negetur, ut eum hereditas peti, dividi, poſſideri dicitur; & ſic ipſa quoque *Succeſſio* accipitur in *l. 10. C. famil. erciſc.* Sed Imperatorem in *hoc titulo,* & JCtos alibi, cum ex arte loquuntur, ita vocem uſurpare, non putem. Cæſar hereditatem eodem modo a rebus hereditariis diſcernit, quo obligationem & uſumfructum, a rebus quæ debentur, & a fructibus. Ut ſint jura circa res ſive facultates, quarum vi perſecutionem rerum aut iis utendi fruendique jus habeamus. Eodem modo hereditas intelligitur, Jus in rebus defuncti, ſeu facultas, qua univerſæ res hereditariæ ad nos pertinent. Nihil adeo impedimento eſt, quo minus, ut uſusfructus & obligatio ſunt jura perfecte nobis acquiſita, ſic quoque hereditas ſit Jus in univerſis defuncti rebus tam corporalibus quam incorporalibus conſtitutum, comprehendens quidem & dominium & jus ad rem, quoad nomina, imo & jus ex re, *l. 19. de her. pet.* ſed ab utroque tamen diſtinctum, & in individua quadam univerſalitate conſiſtens, eoque reſpectu actionem in rem, tam adverſus debitores hereditarios, quam rerum poſſeſſores producens, *l. 15. §. fin. de Hered. pet.* Rationes Vinnii contrarias examinavimus in *lib. 4. Digreſſ. c. 27.* Exempla corporalium rerum memorantur in *hoc tit.* ex *Cajo* in *l. 1. §. 1. de R. D.* fundus, homo, pecunia, nempe in individuo ſumpta, ſive in ſpecie, (nam JCti genus & ſpeciem vocant, quod Logici ſpeciem & individuum, *l. 54. de V. O.*) ſic pecunia, quæ in arca eſt, vocatur ſpecies, in *l. 30. §. 6. de Leg. 1.* Pecunia igitur ſine dubio res corporalis eſt, ut heic traditur; aliter enim cenſeri nequit, quod ex auro argentoque conſtat, ideoque etiam nummi vindicantur, *l. 14. de cred. reb.* quod non niſi corporalibus convenit, *l. 5. §. 4. & l. 6. de R. V.* Eadem ratio eſt in omnibus, quæ pondere, numero, menſura conſiſtunt, ut oleum, vinum, frumentum, quas res corporalis naturæ eſſe, dubitari nequit. Sed conſideratæ ut quantitates, opponuntur corporibus, *l. 30. pr. de leg. 1.* quia non durabilem & conſiſtentem, ſed tranſitivum habent uſum, nec ita in commercio habentur, ut eadem ſubſtantia, ſed tantundem reddatur. Habent igitur illæ res duplicem naturam, corporalem, quatenus tangi & cerni poſſunt, certoque loco ſunt circumſcriptæ, *d. l. 30. §. 6.* incorporalem, prout in quantitate conſiſtunt, *ead. l. in pr.* Hanc diverſitatem in nummis exprimit *l. 94. §. 1. de ſol.* ubi in communibus nummis duplex communio intelligi dicitur, una *in ſingulis nummis pro indiviſo*, altera, *ſi in pecunia non corpora, ſed quantitatem cogites:* atque hoc poſteriori ſenſu pecunia rebus corporalibus opponitur in *l. 46. de cond. ind.*

3. Scilicet, Res corporales, quod nondum diximus, dividuntur in Mobiles & Immobiles. Sub mobilibus etiam moventes ſe, *αὐτοκίνητα,* ut animalia, continentur, *l. 1. de R. V.* Immobiles ſunt Res ſoli, ut domus, fundi, & quæcunque loco moveri nequeunt, *pr. Inſt. de inut. ſtip. l. 15. Qui ſatisd. cog.* Hotomannus ad *hunc tit.* & D. Voetius *comment. ad eund. h. tit.* nullam uſu fori quam rerum immobilium mobiliumque differentiam reperiri affirmant. Ego vero practicos ſcriptore alios conſtanter tradere video, Jura & actiones naturam habere diſtinctam ab utriſque tam mobilibus quam immobilibus non tantum jure civili, quo res clara eſt, *l. 7. §. 3. de*

pecul.

Digitized by Google

pecul. & *l. 5. §. 2. de re jud.* ſed uſu & effectu quotidiano, ut docet Peckius *lib. 5. de teſtam. conjug. c. 30. n. 5.* & Pinellus *1. de bon. matern. n. 24.* qui has inde concluſiones deducit, ut *n. 25. quod in donatione, vel relicto bonorum mobilium non contineantur jura & actiones.* item, *n. 26. quando confiſcantur mobilia, non publicari jura & actiones*, niſi in caſu, quo jure communi omnia bona publicari conſtat, *n. 28.* Ex quo confirmari poteſt, quod idem Pinellus *in §. 29.* diſputat, in hypotheca bonorum mobilium & immobilium aliter obtinere, ut ſub illa actiones quoque & jura comprehendantur; cum, quia eſt ex ſtylo Notariorum, quam mente contrahentium, qui ad omnia bona ſpectant, tum quia duplex cum ſit hypotheca, ſpecialis & generalis, hæc utique ſpecialis non eſt, ergo generalis; at hæc jure communi de omnibus indiſtincte bonis intelligitur. Præterea, ne reditus quidem annui ſub legato mobilium & immobilium comprehenduntur, etiamſi redimibiles, quia incorporales ſunt, teſte Sandio *lib. 4. tit. 4. defin. 6.* ubi proinde expreſſe incorporalia a mobilibus atque immobilibus diſtinguit, quod firmatur *1. Stat. 19. §. 6.* quanquam fieri poteſt, ut cum Statuta de mobilibus & immobilibus loquuntur, ſub alterutris Jura & actiones intelligi debeant. * Ex quo tamen minime inferre debes, ſpecies illas hodie omnino confundi; longe enim aliud eſt, incorporalia quandoque eodem cum corporalibus jure cenſeri, atque non differre ab illis: niſi putes, mobilia ab immobilibus non diſcerni, quod aliquando eodem effectu gaudeant, ut ſupra in pecunia oſtendimus; ſic mobilia, quoties ut partes immobilium conſiderantur, horum jus quoque ſequuntur, & naves majuſculæ in Hollandia, quoad nummum 40. venditionis, pro immobilibus habentur, *conſt. ord. Holl. Anni 1662. Mart. 10.* quod noſtratibus Statutis non exprimitur, nec etiam uſu ſervatur.

TIT. III.
De Servitutibus.

Continuatio & definitio Servitutis. Diviſio & quæ ſint prædia urbana, vel ruſtica, propria ratione. Ruſticæ ſervitutes, iter, actus, via. Et cæteræ. Urbanæ, ubi oneris ferendi. Stillicidii vel non. Altius non tollendi & tollendi. Luminibus non officiendi, &c. Cur prædiales vocentur ſervitutes. Modi, quibus conſtituitur ſervitus.

(a) MOdos, quibus dominium jure gentium acquiritur, ordine Imperatorio vidimus, noviſſimeque diſcrimen rerum corporalium & incorporalium, quas inter præcipuæ ſervitutes feruntur. Nam ut homo natura liber conſtitutione Juris Gentium alteri fit obnoxius & ſervus, ut dictum in *loco de Jure perſonarum*, ita cum quisque rei ſuæ natura liber ſit moderator ac arbiter, varie accidit, uti hæc libertas coarctetur; idque vel ita, ut dominus duntaxat prohibeatur pro arbitratu ſuo rebus uti, quo ſpectat alienatio & adminiſtratio prohibita; vel ut alteri Jus in re noſtra conſtituatur, cujus vi aliquid non facere, vel admittere cogamur, quod libere alioqui liceret, aut ſecus; Idque reſpectu domini eſt onus, alterius reſpectu, in cujus gratiam comparatum eſt, Jus & facultas merito vocatur. Hæc jura ſive onera Rerum *Servitutes* dicuntur, quarum explicatio, quia dominio accedunt & ex jure Gentium oriuntur, hoc loco non incommode ſequitur.

SCHOLIUM.

Dantur tamen & prædiorum jura alia, quæ non ſunt ſervitutes. vid. Noric. addit. ad h. t.

RESPONSIO.

Eſſe alia jura prædiis impoſita, per quæ dominus aliquid non facere, vel pati cogatur in ſuo, alterius in utilitatem, expectabimus, dum probetur. Alia ſi dentur, hinc aliena ſunt, & facile patior.

N. ADDIT.

In poſitionibus dixerat ſimpliciter: Jura & onera prædiorum dicuntur ſervitutes. *Ad iſta verba addideram id Scholium, non ad verba præ-*

* Ita Jure Saxon. pecunia credita Uxoris ad res mobiles refertur, ſive uxore viva peti potuerit, ſive non potuerit, *P. 3. C. El. 23.* Pecunia vero hereditaria & annui reditus, quorum dies viva uxore nondum venit, immobilibus accenſentur, *d. p. 3. C. El. 21. & 24.* ibique Carpzov. *d. 3.* Berl. *p. 3. Concl. 33. n. 5. ſeq.* conf. Menck. *Diſputatio de Pecunia heredit. cap. 1. th. ult. ibique citat.*

(a) *Poſ. 1. 2.*

lectio-

lectionum, ubi alius eſt ſenſus, ſi dicas, Hæc *jura. Ergo dura eſt Autoris petitio, ut demonſtrentur alia jura, per quæ Dominus aliquid pati, vel non facere teneatur, & c. cum hæc ſit ipſiſſima ſervitutis definitio. Intellexi vero v. g. jura braxandi, immunitates prædiorum, quæ non nego ab hoc titulo aliena eſſe. Non erat tamen alienum ea annotare contra communem Dd. ſententiam, qui jura prædiorum & ſervitutes putant eſſe ſynonyma, cum Triboniano ſuo* in §. 3. de reb. corporal. & incorpor.

Definienda videtur *Servitus*, quod ſit Jus in re aliena conſtitutum, quo dominus in commodum alterius aliquid pati in ſuo, vel non facere cogitur, fere ut Donellus 9. *Comm. 21.* Servitutes Jura eſſe *in princ. I. de Servit.* & alibi paſſim legimus; *In re aliena;* neque enim fieri poteſt, ut res ſua cuiquam ſerviat, *l. 5. pr. Si uſusfr. pet.* quippe non minus implicat, rem propriam ſervire domino, quam ut ſui quis ipſe ſervus dicatur. Porro & tale jus eſt, quod in alterius utilitatem cedat, perſonæ aut rei.

SCHOLIUM.

Scilicet prædii; ſpectat enim hæc proprietas ad ſervitutes prædiales.

RESPONSIO.

Imo etiam ad perſonales & c. niſi quod cum utilitas non niſi ad perſonam referri poteſt, mallebam alterius *ſimpliciter ponere; non excluſo ſed tacite intellecto, quod Scholiaſtes monet, ut ex ſequenti poſitione liquet. Hæc utilitas ejusmodi eſſe debet, ut non egrediatur uſum perſonæ, vel rei, cui ſervitus debetur, nec enim commercii cauſa valere ſervitutem, docet l.* 5. de Servit. Ruſt. in fin. *nec voluptatis, ut mox intelligimus.*

N. ADDIT.

Scilicet hoc volui: Utilitatem, quæ voluptati opponitur, pertinere ſaltem ad ſervitutes prædiales. Hinc et ſi Tribonianus legem illam 8. de ſervit. Ut pomum decerpere liceat, item ut ſpatiari & cœnare in alieno poſſimus, ſervitutem imponi non poſſe. &c. *collocaverit ſub rubrica generali de ſervitutibus, id tamen eum feciſſe putandum eſt, ex errore, cum debuiſſet poni inter regulas ſervitutum prædialium, nam voluptas non eſt uſus rei, ſed perſonæ. Et voluptas etiam perſonarum civilem æſtimationem recipit, adeoque intuitu perſonarum utilitati non opponitur. Ut adeo non opus ſit, textum exponere cum Autore & communi interpretum ſchola, de otioſa voluptate, de qua quæſtio foret Domitiana.*

(b) *Poſ. 3.*

SCHOLIUM.

Malim vocem perſonæ *omitti. Nam & hæc proprietas eſt ſolummodo ſervitutum prædialium & commercium ſpectat ad uſum perſonæ.*

RESPONSIO.

Cum excludimus a ſervitute prædiali voluptatem & commercium, uſumque rei adæquatum inculcamus, perſonæ conſideratio abeſſe non poteſt. Ne tamen cogitatione a prædiali ſervitute nos alienemus, adjectum eſt, vel rei; *particula*, vel *exegetica, non alternativa.*

N. ADDIT.

Nec hic videtur Autor mentem meam ſatis percepiſſe: Regulam, quod commercii cauſa non poſſit conſtitui ſervitus, dixi non pertinere etiam ad ſervitutes in genere, ſed ad prædiales in ſpecie, idque eo magis patet, quia ea regula a Triboniano in d. l. 5. de S. R. in fin. *(quam citaverat Autor in poſitione 4. ad quam illud ſcholium erat additum,) diſerte ſub titulis de prædialibus ſervitutibus agentibus erat poſita.*

(b) Servire enim Latinis utilitatem præſtare ſignificat. *Neque ſervitus appellabitur ſervitus, ſi non ſervit*, ait Cicero pro Plancio, id eſt, ut jam dixerat, *ſi non utilis mihi aut rebus meis eſt.* Hinc otioſæ voluptatis cauſa, *ut pomum decerpere, ſpatiari & cœnare in alieno poſſimus*, jure ſervitutem imponere non licet, *l. 8. pr. de Servit.* Quanquam *amœnitatis ergo*, quæ civilem recipit æſtimationem, aquæ ductus recte conſtituitur, *l. 3. de aqua quot.* niſi forte ad effectum interdicti, non ad ſervitutis appellationem ille textus pertineat. Jam quo minus contractus, quo quis voluptuarium aliquid ſtipulatus eſt, ſervetur, nihil impedimento eſt, hactenus, ut actio perſonalis detur, *l. 15. ff. Comm. præd.* quod etiam Gl. & Bartolus in *d. l. 8.* volunt. Hugolinus, quem ſequitur Sutholt. *diſſert. 5. th. 9.* ſervitutem volebat eſſe perſonalem, quæ producat actionem in rem. Coſtalius ad *d. l. 8.* perſonalem quoque ſervitutem appellat, ſed abuſive, quia addit, *jure perſonalis obligationis valebit, arg. d. l. 13.* fit quidem aliquando, ut Servitus prædialis certæ perſonæ intuitu conſtituatur, ac ita perſonalis fiat, *l. 4. de ſervitut. Ruſt.* At illa vere & proprie ſervitus non fuit; nam ut jus, quod Leges negant ſevitutem eſſe, fiat ſervitus, citra legem expreſſam minime concedendum eſt; textus autem, qui citantur, *l. 30. de Uſufr. l. 1. §. 12. & l. 3. pr. de Aqua quotid.* nihil ad rem pertinent, neque etiam *l. 14. §. ult. de Alim. leg.* de quo mox

erit

Digitized by Google

erit dicendi locus; poſſe aliquem ſane jus habere faciendi idem quod hi, quibus ſervitus data eſt, carere tamen ſervitute, probat *l. 6. de ſervit. leg. & l. pen. de S. R.* Reſponſio ad *l. 19. de ſervit.* cujus trita objectio eſt, bifariam concipi poteſt. Primo, poſſe fundo imponi ſervitutem, *etſi non ſit utilis* impræſentiarum, ſi modo ſit ejus naturæ, ut aliquando utilis eſſe queat. II. Valere ſervitutem fundo acquiſitam, quæ eſt utilis in genere ſuo, quanquam *iſti* fundo ſit inutilis, ut ſi quis fundo ſuo non ſitienti aquæductum acquiſiverit. Lex approbat factum; nec curat, an paterfamilias bene ſibi fundove ſuo conſuluerit. Ultima definitionis verba indicant, ſervitutis naturam non conſiſtere in hoc, *ut aliquid faciat quis, ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat, l. 15. §. 1. de Servit.* velut, pati alium ire, agere per fundum noſtrum, non alius tollere, non luminibus officere & ſimilia. Si quis roget, cur jura, quibus facere, commercium, voluptas continetur, Servitutes eſſe nequeant, rationis loco ſit, quod Labeo ſuggerit in *l. 6. §. 2. in fin. Si ſervit. vind.* has ſervitutes *non hominem debere, ſed rem,* factum autem ab homine proficiſci debet, res nihil facere poteſt.

SCHOLIUM.

Imo ſaltem primæ, ſcil. τῶ facere, convenit hæc ratio. Nam ad reliquas duas non quadrat; poteſt enim res etiam voluptatem mihi debere & pati, ut vendatur; Ergo harum ratio potius in eo conſiſtit, quod ſervitutes prædiales debeantur rei, non perſonæ.

RESPONSIO.

Cum audio, Servitutem non hominem debere, ſed rem, intelligo, ſervitutes prædiales ejusmodi eſſe debere, quæ ſemper æquabilem uſum, non pro varietate poſſidentium mutabilem aut temporarium præſtant. Atqui voluptas non eſt qualitas realis, ſed a Φαντασίᾳ *cujusque pendet, ut quod huic voluptas eſt, aliis non ſit; commercii quoque ratio non convenit omnibus, & præterea uſum exhauriret, quatenus unum prædium commercio infinito non ſufficeret. Unde liquet, tribus hiſce qualitatibus prohibitis bene convenire hanc rationem,* ſervitutem non homo, ſed res debet; *etſi non intercedo, quo minus e Scholiaſta addatur hæc ratio,* quod ſervitutes prædiales rei potius quam perſonæ debeantur.

N. ADDIT.

Continuat ſcholium iſtud meditationes ſcholiorum præcedentium, quod ſcilicet ſervitutes prædiales non conſtituantur commercii aut voluptatis cauſa, quæ debeantur rei, i. e. prædio. Prædium autem non ſentit voluptatem, nec exercet commercium. Hæc ratio cum non adſit in ſervitutibus perſonalibus, nihil obſtat, quo minus hæ & voluptatis & commercii cauſa conſtitui poſſint, quia commercium & voluptas ſunt affectiones perſonæ. Cum vero Autor defendat, etiam ſervitutes perſonales non poſſe conſtitui commercii & voluptatis cauſa, aliam rationem quæſivit ex l. 6. §. 2. ſi ſerv. vindic. *quam cum refutaverim perſpicue in ſcholio, in reſponſione mutat ſtatum controverſiæ, & cum antea phraſin JCti, quod ſervitus non ab homine debeatur, ſed a re, explicuerit de ſervitute non in facto conſiſtente, jam aliam hujus phraſeos expoſitionem tradit, ne cogatur reſpondere ad ſcholium. Quæ tamen explicatio, (quod ſcilicet ſemper æquabilis debeat eſſe uſus ſervitutum,) uti a mente JCti ibi plane eſt aliena, ita &, ſi extendatur ad ſervitutes perſonales plane falſa eſt, quod vel exemplo uſusfructus, imo & uſus patet,* l. 22. §. 1. de uſu & habit. *Unde cadit ſubſumptio ejus, quod ſcilicet voluptas non ſit qualitas realis, ſed a phantaſia cujusque pendeat, ut quod huic voluptas ſit, aliis non ſit, quanquam adhuc plura hic poſſint regeri. Nam in ſervitute perſonali, quæ perſonæ debetur, non neceſſarium eſt, ut qualitas realis ſit voluptas, quia hanc ſervitutem res non rei, ſed perſonæ debet. Deinde etſi voluptatem habere ſit qualitas perſonalis, tamen voluptatem præbere eſt etiam qualitas realis. Porro & utilitas, quatenus voluptati opponitur, in ſervitutibus perſonalibus non eſt qualitas realis, ſed a phantaſia hominum dependet, ita ut quod huic utile ſit, alteri non ſit, & quod hoc tempore eidem ſit utile, alio tempore utile eſſe ceſſet, & tamen propterea ſervitutes perſonales non ceſſent eſſe ſervitutes. Denique non credendum eſt, quod, cum ſervitus voluptatis cauſa conſtituitur, hæc voluptas vagari debeat, & plane ut indeterminata concipi, quod repugnaret illi æquabili uſui, nec facile & pro lubitu mutabili, quem Autor urget. Inde in lege non de eo caſu agitur,* ut voluptatem percipere liceat, *ſed ut* pomum decerpere, *ut* cœnare, *ut* ſpatiari *in tuo libeat, etſi voluptatis cauſa, qui ſatis determinati ſunt & æquabiles uſus. Eadem ergo eſt reſponſio ad id, cum Autor urget: commercii quoque rationem non convenire omnibus. Quod vero addit, commercium præterea uſum exhaurire, quatenus unum prædium*

Digitized by Google

dium commercio infinito non ſufficeret, id iterum mutat ſtatum controverſiæ. Nemo enim unquam dixit, commercii infiniti *cauſa ſervitutem conſtitui poſſe. Ut enim omnes uſus rerum alienarum poſſunt exerceri ſalva rerum ſubſtantia, & uti bonus paterfamilias ſolet uti, ita & res intelligenda eſt de ſervitute commercii cauſa conſtituta. Et quæſo quid aliud eſt uſusfructus ſylvæ, lapidicinæ, &c. quam ſervitus commercii cauſa conſtituta?* l. 9. §. 2. & ult. de uſufructu.

Sola excipitur in *d. l. 6. §. 2.* ſervitus oneris ferendi, quam qui debet, is quoque parietem, quo vicini ædificium nititur, reficere debet; cujus ratio exceptionis eſt in *l. 33. de S. U. P.* petita a formula, ſecundum quam ea ſervitus conſtituitur. Eſtne etiam exceptio in *l. 2. §. 7. de aqua pluv. arc.* ſi foſſa in agro tuo, per quam aqua e meo fundo labitur, obſtructa ſit, *agi tecum poſſe, ut reficias;* ſed dicendum, vel cum Accurſio, accipiendum id alternative, quemadmodum in *§. 1. d. l. 2. ut aut ipſe purgaret, aut actorem pateretur in priſtinum ſtatum eam redigere;* vel pro *reficias* legendum *reficiatur*, ut vult Connanus *d. c. 7. n. 2. in fin. 2.*

2. (c) Transeamus ad diviſionem. Agi hic de ſervitutibus rerum, jam intellectum eſt, ſcilicet, quæ rebus, non perſonis ſunt impoſitæ. Sed reſpectu ejus, cui debetur, Servitus dicitur eſſe vel perſonalis, vel realis. Perſonalis, quam res debet perſonæ, ut uſus & uſusfructus; Realis, quam prædium ſervit prædio. Prædia autem cum ſint ruſtica, vel urbana, hinc ſervitus prædialis perinde Ruſtica, vel Urbana dicitur; illa ruſtico, hæc urbano prædio debetur, *l. 1. de ſervit.* Quæ ſint prædia urbana, quæ ruſtica, minus liquet, quam quæ ſervitutes ruſticæ, vel urbanæ ſint. Nam hæ liquide enumerantur, de illis diſputant Interpretes. Id conſtat, diſcrimen illud prædiorum non peti a ſitu, vel loco, utrum ruri vel in urbe habeantur, quod populariter fit, ſed *a materia*, teſte Ulpiano in *l. 198. de V. S.* id eſt, uſu & fine, ut Gœddæus monet *in comm.* ideoque urbana prædia eſſe docent, quæ ad habitationem; ruſtica, quæ fructuum cauſa comparata ſunt, quod non ſine ratione Bachovius & Vinnius improbant, quos videre licet. Dixi, certius conſtare, quæ ſervitutes ruſticæ, vel urbanæ ſint; nec proinde erraturum puto, ſi quis dicere malit, prædia urbana eſſe, quibus conveniunt urbanæ ſervitutes, Ruſtica conſequenter. Nam certum eſt, naturalem ruſtici & urbani prædii ſignificationem mutari hic ob ſervitutes, quæ uſu potius quam loco differunt, ideoque prædiorum differentia e ſervitutibus, non ſervitutum e prædiis explicari debet. Atqui urbanæ ſervitutes ſunt, oneris ferendi, tigni immittendi, ſtillicidii vel fluminis recipiendi, altius non tollendi, luminum, proſpectus, projiciendi, protegendique, & ſimiles, *§. 1. h. l. 2. & l. 15. de S. V. P.* Ruſticæ; Iter, Actus, Via, Aquæ ductus, Aquæ hauſtus, pecoris ad aquam appulſus, jus paſcendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ &c. *pr. & §. 2. h. t.* Dicendum igitur, quibus prædiis hæ ſervitutes conveniunt, Ruſtica; quibus illæ, Urbana prædia eſſe oportere. Jam res loquitur, priores illas omnibus ædificiis, habentibus alias ædes vicinas, competere, non tantum quæ habitantur, ſed horreis quoque & ſtabulis, *l. 198. de V. S.* Ideoque hæc prædia urbana ſunt etiam ruri, non ſimpliciter, ſed cum juris effectu, *l. 4. §. 1. In quib. cauſ. pign. tac. contrah.* Loca plana, ut agri, horti, & ædificia ſparſa per agros, ſunt Ruſtica, quia ſervitutes urbanæ illis nullo modo congruunt, etiamſi alioquin horti modici cohærentes domibus urbana dicantur, *d. l. 198.* Servitutes Ruſticæ in ſolo fere conſiſtunt; Urbanæ in ſuperficie, id eſt, eo quod ſolo imponitur, *l. 3. de Superfic.* Quare ubi nil niſi ſolum eſt, ibi ruſticum prædium, ubi ſuperficies ſive ſtructura poſitis terminis habilibus, ibi urbanum eſſe videtur. Quin omnia ædificia eſſe prædia urbana, diſerte traditur, non addito, habitandi ergo, *d. §. 3. d. l. 198.* Atqui ædificia ſunt etiam, quæ ad fructus percipiendos comparata ſunt, *l. 13. §. 6. in fin. de uſufr.* Proinde cum horreo & ſtabulo deberi poſſit ſervitus altius non tollendi, tigni immittendi, oneris ferendi, ſimilesque urbanæ, ſequitur, nec prædia eſſe diverſi generis. Quod ſi habitandi finis ſpeciem variet, ſequetur, ſi dominus horreum ſtabulumve habitando aptaverit, ex ruſtico prædium fieri urbanum, cum in ſervitutibus nihil mutari tunc poſſit. Imo ſi ſervitutes eædem maneant, verum eſt, prædia quoque ejusdem eſſe naturæ, cujus dudum fuerint, urbana videlicet, quemadmodum ſervitutes. Quod autem Neratius in *l. 2. de ſervit. ruſt.* eas ſervitutum ſpecies, quas modo urbanas diximus, ruſticorum ait eſſe prædiorum, ſpeciale & abuſivum eſt, dum quæ ruri ſunt, ea ruſtica prædia appellare videtur, popularem potius quam

(c) *Poſ. 4. 5.*

Artis

Digitized by Google

Artis uſum hoc loco ſecutus. Teneamus igitur, prædia urbana in hac materia eſſe ædificia quævis contigua, Ruſtica præcipue agros & hortos, etiam vero domos mediis in agris ſeorſim ſitas, etſi verum ſit, poſſe aliquando Ruſticas ſervitutes horreis, ſtabulis domibusque habitatis deberi, imo etiam perſonis, ut dictum & adhuc dicetur. Sed ædificia per agros ſparſa, prædiis ruſticis, non urbanis accenſeri, docet Neratius in *l. 4. §. 1. In quib. cauſ. pign. tac.* cujus rei non poteſt alia ratio eſſe, quam quod uſus urbanarum Servitutum, quæ viciniam requirunt, in illis non poteſt habere locum. Sed & idem Neratius, hoc in materia ſervitutum potiſſimum, non æque in aliis habere locum, *ibidem* docet; ac ita præit exemplo, prædiorum urbanorum & ruſticorum diſtinctionem ab uſu ſervitutum explicare.

SCHOLIUM.

Hæc deſcriptio prædii urbani & ruſtici inde profluit, quod Auctor putat, prædia eſſe urbana, quibus conveniunt ſervitutes urbanæ; illa ruſtica, quibus ruſticæ. Nos vero communem opinionem ſequentes, e converſo illas ſervitutes urbanas dicimus, quæ debentur prædiis urbanis, & contra ruſticas, quæ ruſticis, adſerimus. Vid. Strauch. VII. 6. & Struv. Exerc. 13. th. 16.

RESPONSIO.

Mea ſic ratio eſt, quod clarius & certius eſt, inde petendam explicationem rerum obſcuriorum & incertarum. Atqui urbana & ruſtica prædia quæ ſint incertum eſt, textibus & Interpretum expoſitionibus. Servitutes facilius diſcernuntur, ideoque ab his illa putamus explicari ſimpliciter & clare. Quanquam in definiendo nihil refugimus dicere, Servitutes urbanas eſſe, quæ debentur urbano prædio, & ſic porro.

N. ADDIT.

Et mea hic ratio eſt, obſcuras res explicare ex clarioribus & certioribus. Fateor etiam, ſatis dubium & incertum eſſe, quid interpretes per ruſtica & urbana prædia voluerunt intelligere. At vero nego, ſervitutes facilius diſcerni, adeoque a ſervitutibus prædia clare explicari. Contrarium enim oſtendit Scholium paulo poſt adjectum ad §. 6. Ex quo patet, Autorem, dum prædia ex ſervitutibus voluit explicare, explicaſſe rem obſcuram ex æque aut magis obſcura. Plura adverſus hanc reſponſionem excepi in diſſertatione de ſervitute ſtillicidii, jam Lipſiæ anno 1689. habita, quæ eſt 15. in diſſertat. Lipſ. §. 9. ſeq.

(d) Jam ruſticas ſervitutes primo loco recenſet Imp. quarum prima eſt, Iter, * quod definit, *Jus eundi & ambulandi hominis, pr. h. t.* Aliud eſt, ait Briſſonius *lib. 1. de V. S. ambulare, quam ire, nam qui ſpatia facit & in ſua veſtigia reflectit, ambulare dicitur. It vero, qui porro & ulterius pergit.* Sed non eſſe id perpetuum, vel Flori ad Hadrianum verſiculus iſte probaverit: *Ego nolo Cæſar eſſe, Ambulare per Britannos, Scythicas pati pruinas.* Item cum telo ambulare, id eſt, cum ferro incedere, *l. 1. pr. ad L. Corn. de Sicar.* Cicero pro Quintio; *Neminem eſſe, qui poſſit biduo, ad ſummum triduo, centum millia paſſuum ambulare.* Non eſt igitur neceſſe, ut ambulare ſignificet animi gratia ſpatiari, quod ſervituti repugnat, *l. 8. h. t.* ſed ultro citroque commeare ad uſus prædio neceſſarios. Theophilus inter *ire* & *ambulare* parum aut nihil quoque diſcriminis agnoſcit, uno verbo βαδίζειν utrumque complexus. Credo tamen eum, qui iter habet, poſſe etiam ſpatiari per conſequens, ſed ſi definitionem τὸ ſpatiari ingreditur, dicendum fuerit, etiam principaliter id ineſſe itineri, quod verum non eſt. Ire etiam homo dicitur, qui ſella aut lectica, vel equo vehitur, *l. 7. & l. 12. de ſerv. ruſt.* ubi Modeſtinus; Iter eſſe ait, *qua quis pedes vel eques commeare poteſt.* Imo pedibus iter facere dicitur, qui lectica vel equo vehitur; Pedeſtre enim iter navali opponitur, Cicero *5. ad Att. 9. & x. ad Att. 4. Me tamen*, inquit, *conſilio juva, pedibusne Regium, an hinc ſtatim in navim;* niſi quis putet, Proconſulem Romanum curſitaſſe ut pediſſequum, aut etiam Auguſtum; de quo Suetonius *cap. 16.* cum *præter Locros pedibus iret;* paulo ante de maritimo Cæſaris itinere locutus. Sic & *pedeſtre* iter pro terreſtri, Ulpianus *l. 1. §. 14. in fin. de flumin.*

3. (e) Secunda ruſticarum ſervitutum, eſt Actus, quem finit Cæſar, *Jus agendi Jumentum*

* Ejus latitudo Jure Civili determinata non eſt, licet Dd. duos pedes tribuant. vid. Weſenb. *ad ff. tit. de ſervit. præd. ruſtic. n. 1.* conf. Autor. *Digr. L. 2. p. 1. c. 12.* & Menag. *Amœn. Jur. c. 36.* Jure Saxon. latitudo hujus ſervitutis 3. pedes continet, WB. *art. 129.* Schultz. *Syn. Inſt. h. tit. lit. A.*

(d) *Poſ. 6.* (e) *Poſ. 8.*

vel vehiculum, * *pr. h. t.* Quod de jumento, id de omni pecore, etſi vocum proprietas repugnet, intelligendum, ratio dictat & argum. *l. 38. §. 4. & 5. de Ædil. Ed.* Quod ſi tam anguſtus ſit locus, ut jumentum eo duci poſſit, non vehiculum, adhuc tamen Actus habetur, *l. 13. de Servit.* quia quod plus quam iter eſt, id actum neceſſario eſſe oportet. Similiter quod plus eſt, minori ineſſe nequit; minus majori ineſt; ſaltem conſequenter, *l. 21. de R. J.* Hinc qui iter habet, Actum non habet. Qui Actum, is etiam iter, & ire poteſt non modo cum, ſed & ſine jumento, *pr. h. l. 1. de S. R.* adeo ut is, qui primo actum ſtipulatur, deinde iter, poſteriore ſtipulatione nihil agat, ſicuti qui decem, deinde quinque ſtipulatur, nihil agit, *l. 58. d. V. O.* Idque ita, ſi actus ſimpliciter conſtitutus ſit, nam ut iter & actus ſunt diſtinctæ ſervitutes, ita ſeparatim quoque haberi poſſunt, ut ne iter quidem per conſequentiam inſit actui, quod fit, ſi pacto vel teſtamento ita concedatur Actus, ut ſine jumento ire non liceat, *l. 4. §. 1. Si ſervit. vind.* e quo principio interpretanda *lex de alim. leg.*

4. (f) Tertia eſt Via, quæ finitur Jus eundi & agendi & ambulandi hominis, *l. 1. pr. de S. R.* Pro eundi legere admodum vellem *vehundi*, ut ſe vidiſſe in vetere MS. obſcure tamen, teſtatur Connanus 4. *Comm. c. XI. a pr.* Adde quod Varro *lib. 4. de L. L. Qua agebant, actus, qua vehebant, via dictæ*, inquit, & probabile eſt, aliquid novi viæ definitioni inſertum, cum *eundi* ſi legas, nihil viæ tribuatur, quam quod itineri & actui ineſt; dein quæ tautologia & quæ divulſio *eundi & ambulandi*, interjecta voce *agendi?* quod ſi *vehundi* legas, ordine, trium notæ ſervitutum exprimuntur. Nam & iter & actum via in ſe continet, *d. pr.* expreſſe, quia definitionem ingrediuntur, cum actus iter non niſi conſequenter trahat. In hoc primum via & actus differunt. Præterea actus nulla eſt certa latitudo, *l. 13. §. 2. de S. R.* viæ latitudo ex lege XII. T. in porrectum octo pedes habet, in anfractum, ubi flectitur, ſedecim, *l. 8. eod.* ut plurimum ita, ** nam pacto mutari poteſt, *d. l. 13. §. 2. l. 23. pr. eod.* Varro etiam *d. l. 4.* actum patere in latitudinem quatuor pedes ſolere, tradit, *fortaſſe ab eo, quod & quadrupes agitur*, ait Hotomannus *hic*, quaſi pecus transverſum agi ſoleat: potius quia actus eſt dimidium viæ, iter dimidium actus, ut Balduinus. Hinc plus juris habet via quam actus. Nam per hanc trahere lapides & tigna, haſtasque rectas ferre non licet, quia ob anguſtiam arbores læderentur, quod in via ſecus eſt, *l. 7.* Etiam hoc intereſſe videtur: Via non eſt, niſi qua & jumentum & vehiculum agi poteſt, *d. l. 23. pr.* Actus etiam eſt, ubi duntaxat jumentum, *l. 13. de ſervit. in fine.* Hæ differentiæ actus & viæ, legum intelligendarum cauſa neceſſariæ ſunt: hodie vix uſurpantur, ſed ut fere conjunctim habentur, ita quoque appellantur *reed en drift.* Poteſt tamen fieri, ut alicubi differant etiamnum.

SCHOLIUM.

Jure Saxonico adhuc eſt differentia, per ea, quæ habet Schult. in ſyn. h. t. lit. b. c. ubi lit. a. *de itineris uſu confer.* Noric. addit. ad pr. h. t. & Philip. l. 2. Ecl. 22.

5. (g) Sunt præterea Servitutes Ruſticæ, Aquæ ductus, Aquæ hauſtus, Pecoris ad aquam appulſus, & Jus navigandi. Aquæ ductus eſt Jus aquæ ducendæ per fundum alienum, *in fin. princ. h. t.* Aquæ hauſtus eſt jus hauriendi ex aqua aliena; nam ex aqua publica cuivis haurire licet, *l. 3. §. ult. de S. R.* Sed tunc aditus ad hauriendum per fundum alienum eſt ſervitus, qui alias ſervituti aquæ hauſtus ineſt, *d. §. ult.* Sunt autem prædiales illæ ſervitutes, ut & paſcendi, calcis coquendæ, cretæ arenæque fodiendæ, lapidis eximendi, ligni ex ſilva cædendi, fructus cogendi coactosque habendi, *l. 3. & l. 6. de S. R.* quanquam ſi perſona demonſtretur, etiam perſonales fieri poſſunt, *l. 4. eod.* quomodo accipienda forte *l. 14. §. ult. de Alim. leg.* niſi textum emendare velis ut vitioſum, quod hoc loco Vinnius aliique notant, ut hoc modo legatur: *Nam & hauſtus aquæ, ut pecoris ad aquam appulſus, eſt ſervitus; perſonæ tamen ejus, qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur.* Cui religio eſt emendare, quod conſiſtere poteſt, utatur priore intellectu. Ruſtica ſervitus poteſt etiam urbana fieri, ſi v. c. iter vel aquæ ductus urbano prædio debeatur, quin etiam per domum poteſt iter conſtitui,

* Per agrum incultum vehiculum ducere non permittit Jus Civile, *l. 1. C. de ſervit.* Saxonicum tamen, L. R. *L. 2. a. 47.* quod in praxi limitatum, dummodo ager inde nihil percipiat detrimenti. Conf. Schulz. *Syn. Inſtit. h. t. lit. b.*

** Weichb. *a. 129.*

(f) *Poſ. 9. 10.* (g) *Poſ. 11. 12.*

l. 7. §. 1. & l. 14. Comm. præd. qua de re ad ff. latius.

6. (h) Pergamus ad ſervitutes Urbanas, quarum præcipuæ ſunt *in §. 1. h.*

SCHOLIUM.

Attamen, quæ hic memorantur urbanæ ſervitutes, alio loco inter Ruſticas referuntur, vid. l. 2. in pr. de S. R. *& quæ hic inter Ruſticas numerantur, alibi accenſentur urbanis*, vid. l. 20. §. 1. de S. U. P. *ad quos textus non facile ſecundum Auctoris hypotheſin reſponderi poteſt, poterit tamen ſecundum hypotheſin noſtram*, vid. Strauch. VII. 6. add. Struv. 13. 7. *Quanquam ut ingenue fateamur quod res eſt, exiguus videtur eſſe uſus diſtinctionis in ſervitutes urbanas & ruſticas*, arg. tot. tit. Comm. Præd. tam urb. quam Ruſt.

RESPONSIO.

Accidit huic diviſioni, quod aliis in Jure definitionibus & partitionibus crebro evenit; ut veræ ſint ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖςον, ut plurimum, *nec Juris autores ſe reſtringi patiuntur, quo minus vocum terminis ſuo arbitratu varieque utantur. Ita nos ad memoratas difficultates reſpondemus, ut jam dictum eſt, ampliusque dicetur ad Pandectas. Nec aliis reſpondendi mediis Scholiaſtes, & quos ſequitur, ſano ſenſu poſſunt uti.*

N. ADDIT.

Scripſimus iſtud Scholium potiſſimum eum in finem, ut oſtenderemus, certitudinem illam Servitutum urbanarum & ruſticarum, tantam non eſſe, quantam Autor in præcedentibus eam judicavit. Adeoque hæc oppoſitio noſtra per reſponſionem hic poſitam non tollitur. Neque enim unquam dubitavimus, an reſpondere poſſit Autor, ſed an reſpondere poſſit ſalva ſua hypotheſi de certitudine ſervitutum urbanarum & ruſticarum. Atqui tantum abeſt, ut hoc dubium per hanc reſponſionem tollatur, ut potius eadem illud augeat. Si enim veræ ſunt iſtæ denominationes ſervitutum, ſaltem ut plurimum, nec Juris autores ſe reſtringi patiuntur, quo minus vocum terminis ſuo arbitratu varieque utantur, ſane ſervitutes urbanæ iſtæ & ruſticæ non ſunt evidentiores prædiis urbanis & ruſticis; ut illæ ex his definiri poſſint. Porro, etſi ego eadem reſponſione de denominatione ſervitutum ab eo, quod fit ut plurimum, ſim uſurus, ſufficit tamen, quod ea reſponſio meam hypotheſin præcedentem potius ſtabiliat, qua ſuſtinui, ſervitutes potius a prædiis, quam prædia a ſervitutibus dici urbana vel ruſtica. Jam ſubſumo: Ideo ſervitutes quædam dicuntur urbanæ vel ruſticæ, quia nempe regulariter & ut plurimum, debentur prædiis urbanis vel ruſticis. Quod ſi vero aliquando contingat, ut v. gr. aquæductus debeatur prædio urbano, tum etiam erit & dicetur Servitus urbana, & ita de cæteris ſimilibus. Sed ſatis quidem diſputatum eſt de re exigui uſus & momenti, ut innuimus in Scholio, & Autor tacendo approbat. Non ita vero approbant aſſertum Dd. alii, qui in praxi ſolent eſſe magnæ autoritatis, tres potiſſimum recenſentes differentias inter ſervitutes urbanas & ruſticas. (1.) Servitutes ruſticas ſolo non-uſu perire, non ita urbanas. (2.) Ruſticas ſolum pignori dari poſſe, non urbanas. (3.) Opus novum nunciari poſſe urbanarum ſervitutum nomine, non ruſticarum. Sed hanc doctrinam latius refutavi, & textus eo pertinentes ſimul perſpicue expoſui, in dict. differt. de Servit. ſtillic. §. 16. ad §. 25.

Primo recenſetur ſervitus Oneris ferendi, quæ eſt *Jus, quo quis præſtare cogitur, ut vicini ædificium ſuo pariete vel columna niti poſſit*, *l. 33. de S. V.* Quia autem ſervitutes ſunt perpetuæ, & parietes vel columnæ ſine refectione brevi intereunt, ideo qui debet hanc ſervitutem, ad reficiendum quoque tenetur: formula enim ſervitutis hujus, quæ traditur in *d. l. 33.* eſt hæc: *Paries oneri ferundo uti nunc eſt, ita ſit*; quibus verbis qui hoc promittit, refectioni ſe adſtringere cenſetur: Et hæc eſt unica illa exceptio, de qua dixi *ſupr. n. 1. h.* cum cæteroqui nemo ſerviens ad reficiendum teneatur, *l. 6. §. 2. ſi ſerv. vind. & l. 15. §. 1. de ſervit.* Affinis ei eſt ſervitus *tigni immittendi*, qua quis pati cogitur, ut vicini tignum ſuo parieti immiſſum in eo requieſcat, *l. 242. §. 1. de V. S.* Tignum generaliter omnem materiam ædificii ſignificat, hic non niſi trabes, ait Mynſingerus; imo quicquid in parietes immitti poteſt, ſeu lignum, ſive etiam ferrum, aut lapides oblongi. Putreſcente fractove tigno, aliud ſumptu dominantis, & prorſus ſimile reponere licet, per *l. 20. §. 2. de S. V.* quod aliter eſt, ſi precario tignum te immittere paſſus ſim, *l. 14. pr. ſi ſervit. vind.* In communi pariete non opus eſt ſervitute, verum ſuo jure ſinguli tignum immittendi jus habent, per *l. 12. Comm. div.*

7. (i) Sequuntur duæ ſervitutes in textu; *ut ſtillicidium vel flumen recipiat quis in ædes ſuas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat.*

(h) *Poſ. 13. 14. 15.* (i) *Poſ. 16. 17.*

Digitized by Google

Stillicidium eſt quaſi ſtillæ cadium; ſtilla contracte a ſtiriola, quod eſt diminutivum a ſtiria, quæ guttam ſignificat concretam aut pendentem, *Turpis ab inviſo pendebat ſtiria naſo*, habet Martialis, *l. 7. epigr. ad Caſtricum.* Hic ſtillicidium eſt aqua guttatim de tegulis cadens. Flumen, quod continuo fluxu aquam mittit per tubulum vel canalem, ut fit. Varro *l. 4. de L. L. Fluvius quod fluit, item flumen, a quo lege prædiorum urbanorum ſcribitur, Stillicidia fluminaque, ut ita fluant cadantque.*

8. Flumen fluere, ſtillicidium caſitare, quod eſt frequentativum a cadere, dicitur. Hinc qui ſtillicidii jus habet, inferius demittere tegulas, unde caſitat, non poteſt, attollere poteſt; nam ex alto lenius cadit & ſæpe direpta ſpargitur aqua: deprimendo tectum, gravior fit ſervitus, *& pro ſtillicidio flumen*, ait *l. 20. §. 5. de S. V.*

9. (k) Sed verba textus modo relata geminam ſervitutem inculcant, *Recipiendi* ſtill. vel flum. & *non recipiendi.* Hujus rei duplex interpretatio eſt, una talis; Servitutem recipiendi eſſe, cum quis pati cogitur, ut vicini aqua ſtillet aut fluat in ſuas ædes, aream, aut cloacam; quod alias pati nemo cogitur, *l. ult. §. pen. Quod vi aut clam.* neque de hoc articulo dubitatur. Non recipiendi ſervitutem, plerique volunt eum habere, qui poteſt cogere vicinum, ne is aquam de ſuo tecto labentem excipiat, verum vicino permittat; Quæ ſervitus eſt utilis, ait Pacius *hic*, ubi eſt aquæ inopia, ut in Ægypto; velut, ſi ciſternam habeas, pergit Mynſingerus, cui quantum ſatis eſt implendæ, ſtillicidia domus tuæ non ſufficiunt, vel hortos tuis ædibus contiguos, qui ex vicini tui ſtillicidiis commode poſſint irrigari. Bachovius, *Recipiendi & non recipiendi* unam eandemque vult eſſe ſervitutem, affirmative aut negative appellari diverſo dominantis & ſervientis reſpectu, vel a formulis confeſſoriæ & negatoriæ actionis, quæ contrarias quidem nominationes habeant, ſed unam tamen ſervitutem deſignent; ſubtiliter quidem, ſi non ita nimis inepti Auctores Juris videbuntur, quod tam otioſa tautologia bis idem iiſdemque locis inculcent; cur non idem fecerunt in ſervitutibus oneris ferendi, tigni immittendi, aliiſque, ubi æque rationes iſtæ obtinebant? cur non & ibi dixerunt, oneris ferendi vel non, tigni immittendi vel non immittendi? Alii, quos inter Vinnius *hic*, in ſervitute non recipiendi, præſupponunt ſtatutum aut conſuetudinem, qua cuivis jure ordinario liceat ſtillicidium vel flumen immittere in ſolum vicini, iſque hoc pati, & aquam recipere cogatur. Qui ſi malit eam non recipere, ſervitute opus eſſe, ne recipiat aquam vicini.

(k) *Poſ. 18. 19.*

SCHOLIUM.

At quomodo? certe non niſi hoc modo, ut vicinus cogatur avertere ſtillicidium; ſed obſtat l. 15. §. 1. de Servit. *vide quæ notavi ad* Strauch. VII. 12. 85. ſeq. *qui explicationem ſervitutis hujus ab auctoris expoſitione non abſimilem tradit.*

RESPONSIO.

Argumentum ex l. 15. §. 1. *eſt, quod avertere ſit factum, quod ſervitus non recipit; ſed tenendum, Servitutem in hoc conſiſtere, quod domino aquam ſuam immittere in ſolum vicini non liceat: aliud in ipſa ſervitute non continetur. Si quid facere cogatur in ſuo, ne aquam immittat, de hac conſequentia ipſe viderit; ad ſervitutem illa non pertinet; non magis quam ſi quis ire, agere prohibitus, iter novum ſibi facere cogatur.*

N. ADDIT.

Forte conciliatio fieri poſſet, ſi diſtinguas, utrum vicinus ædificium jam extruxerit, an illud ſit adhuc extruendum. De priori caſu locutus ſum in Scholio, & hic iſta noviter conſtituta ſervitus conſiſteret in puro facto, ſcilicet in averſione ſtillicidii, quod hactenus caſitaverat in aream vicini. Aliter ſe res habet caſu poſteriore, de quo intelligo Autorem, ubi ſervitus conſiſtit primario in non immiſſione.

Rectius ſtatutum ita, quam pactum ſupponitur, quo ſervitus recipiendi antea ſit conſtituta, quemadmodum Theophilus. Si enim tibi primo ſervitutem recipiendi ſtillicidii debeam, dein paciſcar, ne debeam, nihil hoc aliud eſt, quam prædii mei libertas reſtituta. Grotius *l. 2. Jur. Holl. c. 34.* præter ſervitutem ſtillicidii recipiendi, quam vocat *Drop;* agnoſcit alteram, *Dropvang.* Illa onus, quo cogimur vicini aquam recipere. Hæc vero Jus, quo alterius aquam noſtro commodo recipimus, quæ eſt eadem cum ſervitute non recipiendi ſtillicidium, ex mente Pacii & Mynſingeri; cui tamen verbotenus magis conveniunt termini *legis 2. de S. V.* ſtillicidii *avertendi*, vel non *avertendi*; Ut ſervitutem avertendi habeat is, qui poteſt dimittere aquam ſuper vicinum; *Non avertendi*, qui aquam ſuam proprio arbitratu avertere nequit,

ſed

Digitized by Google

ſed in uſum vicini relinquere debet. Nec obſtat, quod hæc explicatio de non avertendo, ſervienti aliquod factum, nempe ut aquam derivet ad vicinum, tribuere videatur; neque enim facti ſpeciem hoc ullam habet, quia permittitur ſolummodo curſus aquæ de tegulis, quem ſponte habet, nec aliud eo caſu fit, quam in ſimplici jure ſtillicidii.

10. (l) Sequitur apud Juſtinianum *d. §. 22.* Servitus *ne altius quis tollat ædes ſuas.* Quod extra caſum ſervitutis, nemo facere prohibetur, *l. 8. C. de Servitut.* in infinitum quoque, *l. 14. de S. V.* & cum incommodo vicini, *l. 9. eod.* modo legitima ab illo diſtantia, *d. l. 14.* quibus nihil obſtant *l. 30. de Uſufr. l. 10. in f. de S. V.* docent enim heredem ædes a teſtatore legatas non poſſe penitus obſcurare, ſed quantum ad diurni luminis moderationem neceſſarium eſt, relinquere debere; hic beneficium defuncti, quod totum præſtare debet, inutile relinquere non debet, quæ ratio in herede ſpecialis ad alios non pertinet. Idem inculcat Scholium *ad poſit. 25.* Ergo qui vicinis nullo jure ſunt obſtricti, pro arbitratu ædificare poſſunt, ſine reſpectu ad alterius commodum vel incommodum. Nam qui ſuo jure utitur, is per alterius incommodum impediri nequit, *l. 137. §. 4. de V. O.* & hactenus in ſuo cuique facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, *l. 8. §. 5. Si ſervit. vind.* Veruntamen humanitas & civilitas ſæpe aliud flagitat. Nec alienum erit a Magiſtratus officio videre etiam hactenus, ne malitiis indulgeatur, præſertim ſi quis voluptuoſe ædificet aut vexandi cauſam habeat (πῆμα κακὸς γείτων.) Unde cum laude memoratur judicium Theophili Imperatoris, qui *Petronæ* nobilis & potentiſſimi hominis ſuperbam domum funditus evertit, ad querelam pauperis viduæ, cujus lumina ædificando penitus ille corruperat, referente Beſoldo, *cap. 6. Hiſt. Conſtantinop. ex Manaſſe*, cujus verſus retulimus *l. 4. Digreſſion. c. ult.* Eſt etiam exceptio in *l. ult. §. ult. C. de ſervit.* de area trituræ frumenti deſtinata, quam ad rem, ut olim fiebat, aere ventoque opus erat libero, quem ædificando vicinus ab Area tali excludere prohibetur, quia tum paleæ ſecerni a frugibus nequeunt; quod ſpeciali annonæ cauſa placuit.

11. (m) Jam qualis eſt Servitus altius tollendi? Bachovius idem hic ſentit, quod modo de ſtillicidio diximus, unam eſſe eandemque ſervitutem, *altius tollendi atque non tollendi.* Sed, inquam, ineptum eſt, credere JCtos tam fuiſſe ineptos, ut rem eandem contrariis toties verbis inculcarent, quod faciunt in *l. 1. & l. 2. de S. V. l. 2. de S. R. & l. 7. §. 1. Comm. præd. §. 2. I. de Act.* Bachovium tam luculenter & perſpicue D. Vinnius refutavit, ut nobis otium fecerit, ſufficiatque ad refellendum docere, quæ ſit igitur ſervitus altius tollendi. Sunt qui dicant, eum debere hanc ſervitutem, qui tenetur ſuum ædificium altius in noſtrum commodum tollere, ut ventum aut ſolem minus liquidum avertat; ſed hoc aperte naturæ ſervitutis repugnat, quæ ſervientem ad factum, quale hôc eſt, non obſtringit, ſed ut ſupra diximus, ad patiendum duntaxat vel non faciendum; niſi quis hunc eſſe dicat uſum ſervitutis illius, ne is, qui parietem ad certam altitudinem habet ædificatum, eum ſubmittere poſſit, quod tamen nec ita quidem videtur. Verius eſt, ſervitutem Altius tollendi præſupponere ſtatutum vel morem civitatis, quo ultra certam altitudinem vicino invito, nulli ædificare liceat; proinde ſi quis formam conſuetam ſupergredi cupiat, id ei a vicino impetrandum, ſervitute acquiſita, *l. pen. §. 1. C. de ædif. priv.* Cujusmodi facultas, ut reliquæ ſervitutes, longa etiam præſcriptione acquiri poteſt, *l. 1. C. de ſervit.* atque hoc eſſe videtur, quod de forma ac ſtatu antiquorum ædificiorum ſcribitur in *l. 11. pr. de S. Urb.* Etiam Tacitus memorat, *15. Ann. cap. 43.* poſt incendium Romæ, novam ædificationem legibus ordinatam fuiſſe, ne, ut poſt Gallica incendia, nulla diſtinctione, nec paſſim inſulæ erigerentur, ſed dimenſis viarum ordinibus, & latis inſularum ſpatiis, *cohibita ædificiorum altitudine*, ac patefactis areis, additisque porticibus. Etſi autem publica fuerit de altitudine domuum conſtitutio, tamen eam pactis uſuque privatorum mutari potuiſſe, probatur ex *d. l. pen. §. 1. & l. 1. C. de Servit.* Unde Ulpianus in *d. l. 11. §. 1. Si inter te & vicinum non conveniat, ad quam altitudinem extolli ædificia, quæ facere inſtituiſti, oporteat, arbitrum accipere poteris.* Si invitis nobis vicinus altius tollere nequeat, Ergo cum id pati cogimur, ſervitutem eam eſſe oportet.

12. (n) Poſtrema apud Juſtinianum *d. §. 1.* verba ſunt, *ne luminibus vicini officiat*, quibus verbis ait Vinnius, non videtur hoc loco nova demonſtrari ſervitus, ſed finis propoſitæ. Et eſſe

(l) *Poſ. 20. 21*

(m) *Poſ. 22.*

(n) *Poſ. 23.*

hanc

Digitized by Google

hanc unam ſervitutem cum *altius non tollendi*, tradunt Donell. *11. Comm. 5.* Bronchorſt. 2. *ant in. 5.* D. Wiſſenb. XL. *ad Inſt. 16.* nec aliter Theophilus; Μὴ ἐξεῖναι ἀνυψοῦν τὴν σὴν οἰκίαν, καὶ ἐντεῦθεν ἀφαιρεῖσθαι τὸ τῆς ἐμῆς οἰκίας φῶς. *Non licere altius tollere domum tuam, atque ita meæ domui auferre lucem.* Licebit hic tamen regerere, quod modo Vinnius Bachovio objecit, veriſimile non eſſe, JCtos unam ſervitutem duabus formulis iisdem locis ſignificare, quin potius diverſitatem terminorum res quoque diverſas arguere in *hoc §. 1. & in l. 2. de S. V.* Imo conſtat ſervitute, ne luminibus officiatur, prohiberi quodcunque fit ad luminis impedimentum, *l. 15.* velut *ſi quis arborem ponat*, *l. 17. pr. eod.* ubi *in §. 2. Interdum dici poteſt, eum quoque, qui tollit ædificium, vel deprimit, luminibus officere*, quæ verba evidentiſſime diverſitatem oſtendunt. Verum eſt, quod Servitus altius non tollendi eum maxime finem contineat, ne luminibus officiatur, hoc ſolum vetat, ne altiut ædificetur; ſed ne ullo modo lumen intercipiatur; quod aliter quam ædificando fieri poſſe, res & uſus docet.

13. Sed nec illud verum eſt, quod vult Bachovius, Servitutem luminum eſſe eandem cum ſervitute, ne luminibus officiatur; eadem ratione, qua modo de ſtillicidio recipiendo vel non, altius tollendo, vel non, audivimus. Ideoque miror, ipſum ab hac ſententia Vinnium non eſſe alienum, quando apertiſſime ſeparantur hæ ſervitutes in *d. l. 4.* Quid ſervitus luminum ſit, miſſis, quæ copioſe hac de re diſputant alii, docere videtur Paulus *l. pen. eod. tit.* *Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt*, inquit, *aperto pariete communi, nullo jure feneſtras immiſiſſe, reſpondi.* Modo dixit, ſervitutem luminum eſſe, qua vicinus lumina noſtra excipere cogitur; id hic jam interpretatur, quando jus immittendi luminis in parietem alienum, vel communem cœcum habemus, ut eo aperto, feneſtraque impoſita, lux & ſol ad nos transmittatur, quod vicinus alioqui minime pati cogeretur. Ea explicatio procul dubio aptiſſime Paulo convenit in *d. l. 4. ut vicinus lumina noſtra excipiat.* A lumine differt proſpectus: Nam ad illud ſufficit cœlum videri, nec aliter quam ex ſuperiore loco, proſpectus etiam ex inferiore venit, *l. 16. eod.* Qui debet ſervitutem, ne proſpectui officiatur, nihil facere poteſt, quo liber & gratior proſpectus impediatur; qui *ne luminibus*, id ſaltem, ne cœlum obſcuretur, *l. 15. eod.*

14. (o) Poſt enumeratas ſervitutum ſpecies, docet Imperator, ideo prædiales vocari has ſervitutes, quia tam qui debent, quam eos, quibus debentur, prædia habere oportet, neque ſine prædiis conſtitui poſſunt, *§. 3. h. l. 1. Comm. Præd.* nempe quatenus jura in re acquiſita ſunt, nam promitti ſervitutem poſſe etiam ei ædificio, quod nondum eſt, ut effectum habeat, ubi ſtructum fuerit, nihil impedimento eſt, non magis quam ne aquæductus conſtituatur, aqua licet nondum inventa, *l. 23. §. 1. de S. V. & l. 10. de S. R. & l. ult. Si ſerv. vind.* ut etiam promittere viam is poteſt, qui fundum non habet, *l. 25. §. 10. ff. Fam. erciſc.*

15. (p) Cauſæ, quibus ſervitutes conſtituuntur, ſunt remotæ, vel proximæ. Remotæ videntur, quas ſimpliciter vocamus *cauſas*, quæ actionem duntaxat perſonalem ad acquirendas ſervitutes pariunt, ut ſunt pactiones, & ſtipulationes, de quibus in *§. ult. l. de ſervit.* per *pactiones* non utique nuda & ſola pacta, ſed quæ contractibus in continenti adjiciuntur, intelligemus, ex quibus actio efficax proficiſcitur, *l. 7. §. 5. de pact.* poſſunt etiam verba *pactionibus atque ſtipulationibus* conjunctim accipi, quia moris erat, pactiones nudas firmare ſtipulationibus; has illis ſubjicere; unde Africanus in *l. 33. fin. pr. de S. R.* recte eſſe ſervitutem impoſitam ait, *maxime ſi pacto ſtipulatio ſubdita ſit*; quo ſenſu, nuda pacta per ſtipulationes ſumere effectum, dicuntur in *l. 45. de pact.* Proximæ ſervitutis cauſæ vocari ſolent *Modi*, partimque ſequuntur conventionem, partim ſine ea ſervitutem immediate producunt. Prioris generis eſt ceſſio in Jure, de qua Ulpianus *tit. 19. §. 10.* & Paulus in *l. 39. de S. V. & l. ult. Comm. præd.* Sed hodie modus acquirendi ſervitutem proximus, eſt patientia uſus, ut dix. ad *§. 44. ſupra de A. R. D.* cum is, qui debet ſervitutem, patitur vicinum in fundo ſuo aliquem actum ſervitutis inſtituere, *l. 11. §. 1. de publ. act.*

SCHOLIUM.

Sed patientia tantum requiritur in ſervitutibus affirmativis. In negativis per ſolam promiſſionem conſtituitur ſervitus. Dix. ad Strauch. VII. 18. 88. & ſeqq.

RESPONSIO.

Ita eſt; nam Res loquitur, in ſervitutibus, quæ ad non faciendum pertinent, initium a patientia

(o) *Poſ. 27.* (p) *Poſ. 24. 25.*

tientia

tientia intelligi magis, quam actu aliquo externo celebrari.

Igitur Ceſſio illa & patientia ſequuntur pactiones & ſtipulationes, quarum hæ ſunt cauſæ, illi vero modi, quibus ſervitutes conſtituuntur; Sed cum in teſtamento relinquuntur, (quod ut fiat, videndum in *d. §. ult. & l. 6. comm. præd.*) non minus plene & immediate ſervitutum quam aliarum legata rerum acquiri videntur, ita ut, quemadmodum cætera legata dominos ipſo jure faciunt legatarios, *l. 80. de leg. 2.* ſic ſervitutes etiam legatæ, ſine facto heredis ſtatim perfecto jure competant, ut continuo vindicari poſſint, *l. ult. de ſervit. leg. & l. 19. §. 1. Quemad. ſervit. amitt.*

16. (q) Poſtremus acquirendæ ſervitutis modus eſt, *diuturnus uſus & longa quaſi poſſeſſio*, *l. 10. pr. ſi ſervit. vind.* non igitur uſucapio, *l. 43. §. 1. de A. R. D.* quoniam hujus fundamentum eſt poſſeſſio, *l. 25. de uſuc.* ſervitutes autem, ut omnia incorporalia, non vere, ſed ficte, & *quaſi* poſſideri, notum eſt, *l. 43. §. 1. de A. R. D. & l. 3. pr. de acquir. poſſ.* Tametſi vero idem tempus * præſcribendis ſervitutibus, quod uſucapioni corporalium rerum, conſtitutum eſt, cætera tamen uſucapionis requiſita hic non exiguntur, maxime titulus habilis & bona fides; nam in præſcriptione ſervitutum neceſſe non eſt docere, quo jure, vel titulo, ſervitutem acquiſieris, tantum ut oſtendas, per annos forte tot uſum te non vi, non clam, non precario, *d. l. 10. Si ſervit. vind.* quod ſane in ſervitutibus ſpeciale eſt: quando ſatis conſtat, in uſucapione & longi temporis præſcriptione, bonam fidem titulumque alioqui præciſe requiri, *l. un. C. de uſuc. transf. l. 4. & l. ult. C. de præſcr. longi temp. l. 24. C. de R. V. & l. 8. pr. C. de præſcr. 30. ann.* Scriptum quidem eſt in *l. 2. C. de ſervit.* exemplo rerum immobilium illis præſcribi, ſed hæc verba recte ad tempus, non ad titulum referunt Fachin. 13. *contr. 83.* Bronch. *cent. 2. aſſ. 93.* Et hæc quidem ſententia de titulo, ſatis communiter negative recepta eſt; ſed e contra ſcientiam domini, adverſus quem præſcribitur, requiri, communiter DD. ſtatuunt, teſte Bronch. *cent. 2. aſſ. 7.* tueturque eam contra Treutl. Bachovius *vol. 1. 17. 9. c.* Sed verius eſſe, quod nec ſcientia requiratur, primo citata *lex 10.* probat, quæ nihil exigit quam uſum tot annorum; dein *lex ult. C. de longi temp. præſcr.* diſerte ſcientiam, vel ignorantiam, in præſcriptione longi temporis non attendi docet; *eodem obſervando*, ſubjicit confeſtim, *& ſi res non ſoli ſint, ſed incorporales, veluti uſusfructus & cæteræ ſervitutes;* cui accedit, quod vix præſumendum ſit, ignoraſſe dominum per tot annos uſum ſervitutis in ſuo prædio, vel ſi neſciverit, ſibi id imputandum habeat; præſcribenti ſane probatio talis ſcientiæ imponi nequit. Initium præſcriptionis ab uſu libertati contrario ducendum, ex his, quæ dicta ſunt, facile colligitur.

SCHOLIUM.

In ſervitutibus ſcilicet affirmativis. In negativis autem Servitutibus initium temporis currit a prohibitione domino prædii ſervientis facta. Not. ad Strauch. VII. 19. pag. 19.

RESPONSIO.

Cum dicimus, præſcriptionem ſervitutis incipere ab uſu contrario, non vi, clam, vel precario inſtituto, id de his, quæ in non faciendo conſiſtunt, intelligi non poſſe, rurſus manifeſtum eſt. Recte monet igitur de his Scholiaſtes.

TIT. IV.

De Uſufructu.

Continuatio, & definitio Uſusfructus explicata. Diviſio in generalem & ſpecialem. In verum & quaſi uſumfr. De cautione fructuaria. De conſtitutione uſusfr. obiter; & differentia veri ac quaſi uſusfructus. De modis, quibus finitur uſusfructus, morte, non uſu, ceſſione, conſolidatione. De rei interitu & mutatione.

(a) SErvitutes, ut pridem diximus, ſunt prædiales, vel perſonales, *l. 1. de Servit.* Illæ prædio debentur ſine reſpectu ad certam perſonam, etſi per mille manus hoc ambulet: Atque hæ reales nomen ſervitutum κατ' ἐξοχὴν ſibi vindicant, *Rub. D. C. & Inſt. de Servit.* imo uſuifru-

* Apud Sax. ſine diſcrimine 31. ann. 6. ſept. 3. d. præſcriptione ſervitutes acquiruntur, *a. LR. l. 1. a. 29.* Carpzov. *p. 2. C. 4. Def. 8.*

(q) *Poſ. 26.* (a) *Poſ. 1. 2.*

ctui quandoque opponuntur, ut *§. 9. I. de Legat.* Perſonales ſunt, quando Res obnoxiæ ſunt certis perſonis, iisque ſolis utilitatem præſtant, nec in alios transferri queunt. Cujusmodi ſunt Uſusfructus, uſus & habitatio. Vocantur etiam hominum ſervitutes in *l. 15. de Servit.* longe tamen diverſæ a ſervitute perſonarum, de qua dictum in *libro primo.* Nam in illa homo ſervit, in hac res ſervit homini, illa ad Statum, hæc ad utilitatem pertinet. Definitur Uſusfructus, quod ſit *Jus alienis rebus utendi fruendi, ſalva rerum ſubſtantia, pr. I. h.* Quam definitionem aliqui juſto eſſe latiorem, quia conveniat marito quoque, & emphyteutæ, vaſallo, colono, creditori antichreſtico, & ſimilibus. Quod ut evitent incommodum, verbum *Jus* pro ſervitute accipiunt, quod recte improbat D. Vinnius: Cenſeo autem, nulli iſtorum congruere hanc definitionem; nam maritus reſpectu dotis non habet jus in alienis, ſed in ſuis rebus, quia naturaliter & civiliter dominus eſt, ut *infra* videbimus. Reliqui omnes, tametſi alienis rebus ſuo modo uti & frui videantur, nemo tamen ex hac definitione, quid ſit Emphyteuſis, Feudum, Locatio, ἀντίχρησις, intelliget, cum ſingula pluribus conſtent requiſitis. Nec videtur poſſe aliquod Jus proferri, cujus naturam hæc definitio plene exprimat, præter uſumfructum. *Rurſus*, ait Clar. Wiſſenbach. *diſp. ad Inſt. 12. th. 3. Hæc definitio videtur eſſe anguſtior ſuo definito, quia non convenit quaſi uſufructui, in quo rerum ſubſtantia non manet ſalva,* adeoque genus hoc eſſe analogum & πρὸς ἓν alteri tantum ſpeciei convenieus, cenſet. Ego putem, quaſi uſumfructum prorſus non eſſe uſumfructum, ſed jus quoddam ei ſimile & affine, ideoque nec definitionem ei congruere oportere, quod Juſtinianus perſpicue docet *in fine §. 2. h. t.* & Gajus in *l. 2. §. 1. de Uſufr. ear. rer.*

2. (b) Dominium igitur plenum duas quodammodo partes habet, Jus, quo res nobis propria eſt, & Emolumentum rei, quod Uſusfructus vocatur. Idque vel proprietatem comitatur, vel per ſe ac ſeparatim ſubſiſtit, *l. 126. §. 1. de V. O.* In priore ſenſu pro parte dominii habetur, per *l. 4. de uſufr. & l. 70. §. 2. de Fidejuſſ.* Unde, cui fundus eſt legatus, huic etiam uſusfructus cenſetur relictus, niſi expreſſe additum ſit, fundum legari detracto uſufructu, *l. 19. de uſufr. leg. & l. 6. de uſ. ear. rer.* qui textus docent, ſi uni relinquatur fundus ſimpliciter, alteri uſusfructus, quod tum prior nudam proprietatem ſolus, & uſumfructum cum altero communem habeat; idemque perinde obtinebit, etſi proprietas fundi legatur uni, & alteri uſusfr. *l. 19. de uſufr. accreſc.* quæ ſubtilitas a ſimplicitate praxeos hodiernæ aliena judicatur a D. Grœnewegio *de LL. abr. ad d. l. 19.* adeoque abrogatum eſſe illud jus, fidenter affirmat Autumnus, *in cenſ. Gall. ad d. l. 19.* Sed Graſſus illam Juris Rom. ſententiam inter eas, quæ praxi receptæ ſunt, refert, *Recept. ſent. §. legatum. quæſt. 25. n. 3.* & Mantica, *l. 9. de conject. ult. vol. tit. 6. n. 17. & ſeqq.* hoc ipſum in legato particulari ut certum & notum refert, ſed in hereditate & legato uſufr. univerſali ſecus obtinere, ita ut cum Teſtator primo heredem ex aſſe inſtituit, dein uſufr. omnium bonorum alteri legat, heres in uſumfr. non concurrat, niſi additum ſit, cum pleno eum dominio inſtitui, quod diſcrimen textus prædicti, nominatim *§. 1. h. t.* facile ferunt, qui in terminis legati fundi & uſusfructus ejus, non de proprietate ſub titulo heredis comprehenſa loquuntur, quoniam hæc ſingularum rerum dominia non afficit ita, ut a titulo heredis ſeparari nequeant; quemadmodum legato fundo, cujus vis non niſi proprietate ac uſufructu impletur. Quid ſi uſusfr. omnium bonorum tibi, fundus Titio legetur? Verius videtur, Fructuarium generalem concurrere etiam in fundi uſumfructum, aliter quam ſi uſusfr. fundi Titio legatus fuiſſet, ut latius iidem Autores.

3. (c) Ex his facile judicari poteſt diſtinctio uſusfructus vulgata in *Cauſalem* atque *Formalem:* Cauſalis dicitur, qui cum proprietate conjunctus eſt, Emolumentum, quod dominus habet in re ſua; Formalis, qui in rebus alienis conſiſtit. Fatendum, cauſalem uſumfructum, ſi rem potius quam vocem conſideremus, non eſſe nihil; neque enim dubium, quin dominus uſumfructum rei ſuæ alteri concedere poſſit, *l. 63. h. t.* Quod quis autem dat alii, hoc ipſum habere neceſſe eſt, vel formaliter, vel ſaltem, ut Scholaſtici, cauſaliter, ſive virtualiter. Sed non ideo, uſumfructum recte in cauſalem & formalem dividi, concedimus. Species enim, quæ cum genere ſuo non habet idem genus commune, ſpecies legitima eſſe nequit; ὑπὸ τὴν αὐτὴν διαίρεσιν δεῖ τὸ γένος τῷ εἴδει εἶναι, *Genus & ſpecies ſub eadem partitione conſiſtere*

(b) *Poſ. 6. 7.* (c) *Poſ. 3. 4. 5.*

debent,

Digitized by Google

debent, Ariſt. *4. Top. 1.* atqui uſusfructus, de quo hic agitur, genus habet Servitutem; Cauſalis uſusfructus non eſt Servitus, quia res ſua nemini ſervit, *l. 5. ſi uſusfr. pet.* idque omnes fatentur, proinde nec fieri poteſt, ut uſusfruct. duas habere ſpecies dicatur, Cauſalem atque Formalem. Ne igitur præter neceſſitatem dialecticos terminos in Artem Legum invehamus, præſtat dicere, quod Uſusfructus aut pro emolumento rei propriæ, aut pro ſervitute capiendi fructum ex re aliena ſumatur; ac ita diviſio non ſpecies oppoſitas, ſed tantum diverſas ſignificationes vocabuli *Uſusfructus* infert, *l. 21. §. pen. de except. rei jud.*

4. Eſt igitur, ut dictum, Uſusfructus hoc loco, Jus alienis rebus utendi fruendi, continens omne emolumentum omnemque reditum, qui ex re quovis modo percipitur, *l. 7. pr. & l. 9. h. t.* ſeu per ipſummet, ſive per colonum fundus colatur, adeo quidem, ut fructuarius conductorem a domino impoſitum, niſi expreſſe id prohibitum, expellere poſſit, *l. 59. §. 1. h. t.*

5. (d) Abſolvunt porro Uſusfructus naturam verba definitionis; *ſalva rerum ſubſtantia*, id eſt, ut Theophilus interpretatur: ἐφ᾽ ὅσον αὐτὰ τὰ πρωτότυπα σώζεσθαι πράγματα, *quoad usque res ipſæ principales ſalvæ manſerint*, quam explicationem Giphanius præfert vulgatæ Interpretum, qui his verbis officium fructuarii, ne rem perdat, vel corrumpat, deſignari putant: in quem finem verſu ſequenti; *eſt autem &c.* legi vult, *eſt enim*, ut habetur in *l. 2. de Uſufr.* unde hoc principium eſt deſumptum, prout Theophilus ἐπειδὴ γάρ. Sed dubium non eſt, quin *& hoc & natura rerum*, in quibus uſusfructus conſtitui poteſt, his verbis ſignificetur; quæ ſcilicet ejusmodi eſſe debent, ut earum ſubſtantia utendo non conſumatur, uti fundus, domus, pecus, ſupellex. Denique & officium fructuarii iisdem verbis inculcatur. Ita enim uti & frui debet, ut rem non deteriorem, nec aliter quam bonus paterfamilias in re ſua faciat; Proinde, ne res conſumantur, corrumpantur, aliamve in formam transmutentur, *l. 13. §. pen. l. 44. l. 61. d. t. de Uſufr.* quare etiam rem ſuis impenſis reficere debet, niſi tanta opus ſit impenſa, ut uſumfructum derelinquere malit, *l. 64. d. t.* quod tamen ei non permittitur, ſi ſuo ſuorumque facto culpave res deterior reddita ſit, *l. 65. & ſequ.* Heres certe reficere non cogitur, ne quidem ſi vetuſtate jam deterius factum reliquiſſet teſtator, *d. l. 65. §. 1.* Hinc etiam ſequitur, ſi uſusfructus rei e pluribus congregatæ ſit relictus, eam ſemper integram, ſubſtitutis in locum deficientium novis, oportere præſtari, quod in vineis, hortis, ſylvis, arboribus in demortuarum locum adſerendis, uſum habet, *l. 7. §. ult. & l. 18. eod. tit.* Idemque de grege tradit Cæſar in *§. 38. I. de A. R. D.* ſcilicet in locum demortuarum pecudum alias e fœtibus eſſe ſubſtituendas, non aliunde comparandas, ut grex integer ſubſiſtat; cum, ſi pecudum uſusfr. eſſet relictus ſingularum, morte tam proprietas quam uſusfructus periiſſet.

6. Definitionem ſequitur diviſio uſusfructus in *Generalem* & *Specialem*. Generalis eſt, omnium bonorum; Specialis in rebus certis conſiſtit. Generalis ita valere dicitur, ſi non excedat dodrantis æſtimationem, habetur in *l. 29. de uſufr.* quod Vivianus ad *d. l.* ita accipit, uſumfructum omnium bonorum legari poſſe, *præterquam in quarta, quæ debeat heredi remanere de bonis* ratione legis Falcidiæ; male, nam tum heres plus quam pro lege Falcidia haberet, quartam liberam, & proprietatem totius nudam. Cæterum, quibus legitima competit, his jam non Quarta, verum legitima portio ſalva eſſe debet, hoc eſt, triens vel ſemis omnium bonorum, qua de re *ad tit. de Inoff. teſtam.* Rectius Accurſius, quod in tali legato oporteat *æſtimari proprietatem & uſumfructum*, quia poteſt *minus valere proprietas quam uſusfructus*; imo fieri poſſe oportet, ut uſusfructus pluris ſit quam dodrans omnium bonorum, veluti hoc modo: Si ponas uſufructuarium eſſe victurum per XXX. annos, quod eſt maximum, ex *l. 48. ff. ad leg. Falcid.* præſumasque adeo reditus quincunces, id eſt, quinque de centum quotannis, uſuræ quidem ſuperabunt dodrantem, nec interuſurium faciet, ut pluris ſit dodrans præſens ſubſtantiæ, quam expectatio redituum per totos XXX. annos: Sed ut reditus quincunces, imo trientes, ubique & indiſtincte ponantur, vix habet civilem facultatem. Simplicior eſt Ariſtonis ſententia, Juliano probata in *l. 1. §. 9. ad Leg. Falcid.* quartam fructuum partem quotannis eſſe deducendam, idque Curiæ Pariſienſi placuiſſe, teſtis eſt Coſtalius *ad l. 19.* Ex facto tamen ſcio, proprietatem ſortis XVIII. millium, cujus uſusfructus erat relictus juvenculæ viduæ, æſtimatam eſſe

(d) *Poſ. 8. 9. 10. 11.*

Digitized by Google

III. M. & DC. ac ita venditam eſſe quaſi juſto pretio, quo facto uſusfructus longe dodrantis æſtimationem excedebat.

7. (e) Hæc fuit prima diviſio, miſſa doctorali in cauſalem & formalem, de qua modo. Receptior & notior eſt diviſio in Verum & Quaſi-uſumfructum, quam ex ſequentibus intelliges.

Generalis uſusfructus ad omnia bona æqualiter pertinet, etiam ad ea, quorum ſubſtantia ſalva manere nequit, cujusmodi omnes ſunt res, quæ uſu conſumuntur, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata, item lana, odores, aromata, *l. 11. de uſufr. ear. rer.* eſculenta denique & potulenta, quæ neque naturali ratione, neque civili recipiunt uſumfructum, ait Juſtinianus *in §. 2. h. t.* per naturam enim fieri nequit, ut illis rebus utamur fruamur, quin ipſæ pereant, quod & civili rationi, quæ reſtitutionem ejusdem corporis requirit, adverſatur. *Non debet ea mulier*, inquit Tullius in Top. *cui vir bonorum ſuorum uſumfructum legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare id ad ſe pertinere.* Poſtquam tamen de his etiam rebus quaſi uſusfructus eſt conſtitutus, earum quoque jus, ut & pecuniæ, ſub uſufr. generali continetur, *l. 24. de uſufr. leg.* Nec tamen ideo Uſusfr. in duas ſpecies recte dividetur, quia fungibilium rerum per Naturam uſusfr. dari nequit. Proinde rectius dicitur, de iis aliquod jus affine uſufructui conſtitutum eſſe, quo rerum iſtarum transfertur dominium, ſub hac lege, ut finito uſufructu, tantundem, vel æſtimatio reſtituatur; quod jus vocatur Quaſi-uſusfructus, *d. §. 2.* Ejusque differentia a vero ſic ſatis perſpicua eſt, quod nec in re aliena ſit, nec ſalvam relinquat ſubſtantiam. Quippe in hoc dominium, in vero uſus duntaxat & emolumentum transfertur. In hoc ſunt quantitates, Resque eodem in genere; in vero eadem ſpecies reſtituitur. In hoc, inquam, ſunt quantitates, in illo corpora. Ex quibus colligitur, veſtimentorum non eſſe Quaſi, ſed verum uſumfructum, quia diſerte ſcriptum eſt in *l. 15. §. 4. h. t.* veſtimentorum non habere ſe ut quantitatis uſumfructum, & quia veſtis in eadem ſpecie reſtitui poteſt ac ſolet, *l. 9. §. pen. Uſufr. quemadm. cav.* Quod autem in *d. §. 2.* habetur, veſtimentorum eſſe quaſi uſumfructum, id ita comparatum eſt, ut vel inviti opinionem Triboniani, conſulto vel errore contrariantem agnoſcere cogamur; nam conciliationes, quæ proferuntur, dilutiores ſunt, quam ut conſiſtere poſſint. Fruſtra dixeris, veſtes conſumi, quas diu videmus integras uſurpari, cum aliarum rerum uſus in continuo abuſu conſiſtat. Deteritur potius & longo uſu minuitur, quod ipſum in animantibus aliisque rebus fit, quarum verus uſusfructus eſt. Notandum tamen hic, quod Pomponius monet in *l. 28. de Uſufr.* pecuniæ veteris & rarioris, quæ non erogandi, ſed oſtentandi cauſa habetur, uſumf. poſſe verum, inſtar gemmarum, conſtitui.

8. (f) Porro, quia ad exemplum Uſusfructus, Quaſi-uſumfructum Senatus ordinavit, *d. §. 2.* non eſt dubium, quin iisdem modis, quibus verus uſusfructus, conſtitui poſſit, tam contractu, quam teſtamento; Quanquam alii, quos inter Weſenb. *in fin. tit. de uſufr. ear. rer.* non niſi per legatum id poſſe fieri cenſeant, quia & hujus tantum mentio fit in *d. §. 2. & l. 1. ac toto tit. de uſufr. ear. rer.* & quia hoc jus inter vivos conſtitutum naturam Mutui indueret, quod adeo tortum Hotomannus putat, ut ridiculum cenſeat de hoc jure inter vivos quærere conſtituendo. Sed mentio legati in illis textibus, recte dicitur, frequentioris exempli cauſa fieri; confuſio autem cum Mutuo non eſt metuenda, quia hoc jus ſtipulatione ante dationem rei, *l. 10. §. 1. eod.* mutuum non niſi traditione perficitur; In mutuo non niſi Res in eodem genere, in Quaſi-uſufructu juſta rerum æſtimatio reſtituitur, & quidem, ſi is, qui habet hoc jus, moriatur, aut capite minuatur, *d. §. 2. l. 7. d. t.* (aliis modis non finitur quaſi-uſusfructus, *l. 9. d. t.*) cum quod mutuo datur, omni tempore poſſit repeti. Denique, mens contrahentium haud difficulter e verbis eorum colligi poteſt, quæ vix adeo obſcure concipi queunt, ut inde non liqueat, mutuum an uſumfructum partes contrahere voluerint.

9. (g) Officium fructuarii eſſe diximus, ut rebus ita fruatur, quo ſalva ſit earum ſubſtantia, in quem finem *cautio* tam in vero, quam in uſufructu *quaſi* ita dicto, exigitur. Utrobique cautio neceſſaria eſt, * verum in quaſi uſufructu

* Jure Saxonico ab iſta cautione immunitatem habet vidua in dotalitio uſufructu gaudens, vid. *P. 3. C. El. 16. 32.* & maritus uſufructuarius bonorum uxoris, a L.R. *L. 1. a. 23. 45.*

(e) *Poſ. 13. 14. 15. 16.* (f) *Poſ. 17.* (g) *Poſ. 18. 19.*

poteſt

Digitized by Google

poteſt etiam dici *eſſentialis:* quia, cum uſusfructus rerum fungibilium dari nequeat, *per cautionem* fit, ut imitamentum ejus hoc jus conſtituat, quod prius aliterque non erat, ideoque ipſam juris hujus eſſentiam tribuit ac confert. Sed verus uſusfructus, etſi cautionem neceſſario requirat, tamen absque ea poteſt intelligi, imo & exercetur absque illa, quando heres eam negligit exigere, ut fit non raro. Scilicet hæc vera cautio bimembris eſt; *uſurum fruiturum ſe boni viri arbitratu:* & finito uſufructu *reſtiturum quod inde extabit, d. l. 1. in pr.* eſtque iam neceſſaria, inquam, hæc ſatisdatio, ut remiſſio ejus a teſtatore facta inutilis ſit, *l. pen. C. Ut in poſſeſſ. legat. & l. 6. pr. ff. eod.* quaſi contraria naturæ uſusfructus, cum per eam fieri poſſit, ne ſalva ſit ſubſtantia rerum: Quo minus tamen heres ipſe, cui præſtanda cautio, eam remittat, nihil obſtare videtur, *arg. l. 71. ad L. Falcid.* At illo urgente, negantur actiones hereditariæ tantiſper fructuario, *l. 13. pr. de Uſufructu & d. l. 1. C. h. t.* quin etiam heres non modo condicere poteſt cautionem, hoc eſt, in perſonam agere, ut fructuarius caveat; ſed in rem quoque ad ipſas res fructuarias repetendas, *l. 7. in pr. Uſufr. quemadm. cav.* Cæterum, ſit illa cautio per ſtipulationem, quæ ut efficax eſſe queat, recte faciet dominus, ſi in teſtatum redigi curet ſtatum cujusque rei præſentem, ut dein probatio, quid damni ſit datum, facilior eſſe queat, *d. l. 1. §. 4.* ſed confirmanda eſt hæc ſtipulatio per fidejuſſorem, quia ſatisdatio eſt, *§. 2. h. l. 8. pr. de uſufr. ear. rer.* ſatisdare autem eſt, dare fidejuſſorem, *l. 1. Qui ſatisd. cog.* cui accedit, quod ſit Prætoria ſtipulatio, cujus id proprium eſt, fidejuſſione confirmari, *d. l. 1. Qui ſatisd. cog. in pr.* juncta *l. 7. de Prætor. ſtip.* quod tamen hactenus mitigandum, ut qui ob paupertatem fidejuſſores reperire nequeunt, jurejurando defungantur, *arg. N. 11. c. 2. in f. pr.* at ſi perſona ſuſpecta, fluxis moribus & fide ſit, neceſſe videtur, Res ipſas ſequeſtrari, vel domino aut tertio locari; ut fructuario merces præſtetur, atque ita ex uſufructu *Reditus* fiat, vel aliter conſulatur arbitrio judicis: eſt enim generale monitum, ut deficiente ſatisdatione *res apud officium deponatur, ſi hoc judici ſederit,* ait Ulpianus *l. 7. §. ult. Qui ſatisd. cog.* vid. Gail. *2. obſ. 47. n. 8. & ſeq.* Peck. *de teſtam. conj. l. 5. c. 24. n. 4. ſub fin.* Cautio quaſi uſusfructus bifariam præſtatur, vel tantundem rerum fungibilium, vel æſtimationem earum finito uſufructu reſtitutum iri, *§. 2. verſ. itaque h. t. l. 8. de uſufr. ear. rer.*

10. (h) Conſtituitur & acquiritur Uſusfructus iisdem fere cauſis & modis, quibus Reales ſervitutes, de quibus dictum *præced. tit. a princ.* nimirum ultimis voluntatibus, aut inter vivos pactionibus & ſtipulationibus, dein immediate per patientiam uſus, *l. 3. pr. de Uſufr.* præſcriptionem longi temporis, *l. pen. C. eod.* & per ceſſionem a domino in jure factam, Ulp. *tit. 19. §. 10. l. 63. de uſufr. l. 66. de jure dot.* nihilo ſecus quam modo de ſervitutibus dictum; niſi quod requiſitum tituli & bonæ fidei nusquam in Uſufr. remiſſum, quemadmodum de ſervitute intelleximus. De conſtitutione quaſi uſusfr. jam dicere occupavimus.

11. (i) Sequuntur in *§. pen.* modi, quibus finitur uſusfructus. Diſtingui poſſunt ita, ut vel habeant reſpectum ad perſonam fructuarii, vel ad rem. Modi perſonales ſunt tres: Mors, negligentia, Ceſſio. Reales etiam tres: Interitus, Mutatio, Conſolidatio. Primus eſt Mors naturalis, quia eſt jus perſonæ conjunctum, cum qua extingui debet, ſecundum *l. 126. de R. J.* Exceptio eſt ſatis enormis in filiofamilias, a cujus morte uſusfr. in patrem continuatur, quia cum filii eſſet, ſimul Patris videbatur jure patriæ poteſtatis, *l. ult. C. h. t.* quod non perinde obtinet a Patre in filium, *l. 3. pr. C. de Uſufr.* Quodſi in conſtituendo uſufructu additum ſit, ad heredem ut pertineat, nihil obſtat, quo minus in herede continuetur, non ut idem, ſed ut duplex uſusfructus, *l. 38. §. 12. de V. O.* quo tamen caſu, ſimplici appellatione heredis, non niſi primum heredem intelligi, docet *lex 14. C. de Uſufr.* Poteſt etiam ante obitum finiri uſusfr. tempore vel conditione, quæ adjecta erat, extante, *l. 12. pr. C. de Uſufr.* Præterea finitur uſusfructus morte civili, id eſt, maxima & media capitis diminutione fructuarii, *d. §. pen. l. pen. §. ult. C. eod.* Non utendo, per modum & tempus amittitur uſusfr. Per *modum* τρόπῳ ῥητῷ, ut Theoph. *ſecundum legem* initio *dictam*, qualis eſt, ut certis horis utatur, aut certo genere vehiculi, ne faciem fundi mutet, ex paſcuo arvum, quod alias licet, vel contra faciat, *l. 10. §. 1. Quemad. ſervit. amitt.* Male utendo verius eſt non amitti uſumfr. quia ad hoc perſequendum propriæ actiones comparatæ ſunt, *l. 13. §. 2. de uſufr. l. 1. §. 5. Uſufr. quem-*

(h) *Poſ. 17.* (i) *Poſ. 12.*

Digitized by Google

ad. cav. neque pœna commiſſi ob hanc cauſam ullibi exprimitur. Sed ipſe uſusfructus durat, donec conſtituto tempore pereat, inquit Cajus in *l. 27. ſ. pr. de Nox. act.* Per *tempus*; id Theophilus interpretatur *ὡρισμένῳ χρόνῳ*, *tempore præfinito*; ſi intelligat, a contrahentibus, errat; nam tempus ſine dubio generaliter accipiendum, quod in *l. pen. §. 1. in f. C. h.* ſtatuitur idem, quod dominio præfixum, in mobilibus triennium, in immob. longum tempus * decem vel 20. annorum, ut *infra* videbimus. Neque illis adſentiendum, quos inter Bachovius *not. ad Weſ. Quemadm. uſusfr. amit. in pr.* Juſtinianum etiam in uſufr. mobilium ſtatuiſſe longum tempus, quod rationi non convenire, ipſe fatetur, neque evincitur ex *l. pen. C. de Servit.* quia hæc non ſancit tempus præſcribendi uſusfr. ſed refert, quod alibi ſancitum, nempe in *d. l. pen. §. 1.* quæ ad ſimilitudinem dominii tempus ordinat. Quod autem *hac l. pen.* temporis longi tantum meminerit, ob comparationem cum ſervitutibus fit, quæ rebus ſoli duntaxat conveniunt; adde D. Vinnium *ad §. pen. Inſt. h. t.*

12. (k) Finitur quoque Uſusfr. ſi dominio proprietatis ab uſufructuario cedatur; nam cedendo extraneo nihil agitur, ait Imperator *d. §. pen.* quæ oppoſitio in verbis, *finitur*, uno caſu *nihil agitur.* altero perſpicue probat, ceſſione extraneo facta non finiri uſumfr. ſed nihil agitur; Ceſſio pro non facta habetur, *ἀνενέργητός ἐστιν ἡ παραχώρησις*, *inefficax eſt ceſſio*, habet Theophilus, & nullius momenti, ſic, ut nihil omni ex parte fiat; quæ eſt locutionis illius propria ſignificatio, ut multis probat Briſſon. *l. 12. de V. S. in voce Nihil.* & crebriore Interpp. calculo in hac quæſtione probatur, teſte Pinello *l. 1. part. 3. de bon. mat. n. 38.* Grotioque idem *τῷ μεγίστῳ* placet *lib. 1. de J. B. & P. c. 4. §. 10.* Alii *τὸ nihil agere* tantum ad extraneum referunt, in quem nihil transferatur: hoc vero agi putant, ut qui cedere voluit, uſumfr. amittat, isque ad proprietatem revertatur, & hoc probant ex *l. 66. de Jure dot.* quæ tamen bene conſiderata hoc non evincit. Species ejus hæc eſt; Mulier uſumfr. fundi habens eum viro in dotem dat, fit divortium, reddendus eſt uſusfructus, ſed mulier pro extranea habetur, quia proprietate caret, nec ceſſio, niſi proprietario fieri poteſt: ſi in mulierem fiat, *reverſurum* ait textus *uſumfr. ad proprietatem.* Non dicit reverti, *ſed reverſurum*, id eſt, non tranſire ad mulierem, ſed in ſtatu manere, ut pro ſolo proprietario ſit, ſuo tempore ſcilicet, & modis jure præſcriptis. (nimis enormis pœna foret, ex conatu cedendi toto ſtatim uſufructu mulctari. Sand. *cap. 5. de act. ceſſ. n. 35.*) Quia tamen aliquid agi debet in præſenti, ſuggerit JCtus, non in jure cedendum, ſed locandum mulieri, aut vendendum uno nummo uſumfr. quippe tunc non agetur nihil, ſed mulier effectum uſusfructus conſequetur, dum jus ipſum penes maritum manet. Si tamen durum videtur, verba *reverſurum uſumfr.* aliter accipere, quam ſtatim a ceſſione reverti uſumfr. ad proprietatem, dic, ibi ſic eſſe juris, quia penes maritum ſoluto matrimonio, dotalis uſusfr. manere non poteſt.

13. (l) Ceſſio hic, illa ſolennis, ſcil. quæ in Jure fiebat, intelligitur, per quam jus totum penitus & funditus transfertur a cedente in accipientem, de qua Ulp. *tit. 20. §. 8.* Simplex alioqui venditio in extraneum, domino licet invito, prohibita non eſt, *l. 12. §. 2. l. 38. & l. 67. h. t.* quia per hanc ipſa Servitus & jus primævum uſusfructus non transfertur, ſed penes venditorem manet, *d. l. 12. §. 2. & l. 38.* ex cujus perſona quoque finitur, *arg. l. 45. de R. J.* adeo ut facultas percipiendi fructus magis quam uſusfructus ipſe vendi videatur, *l. 66. in f. de jur. dot.* atque talis venditio poteſt etiam ceſſio vocari, *l. 57. Sol. matrim. l. 13. C. de uſufr.*

14. (m) Sequuntur modi reales, quorum primum eſſe diximus, interitum. Nam cum uſusfructus ſit qualitas Rei, *d. §. pend. in fin.* neceſſe eſt, eum perire interitu rei totali; In proprietate habemus regulam; Quicquid ſupereſt e re noſtra, id manet noſtrum & vindicari poteſt, *l. 49. §. 1. de R. V.* ſed uſusfructus fragilior eſt, recipitque diſtinctionem, quæ hæc eſt; Si pars ſit ejusdem nominis cum re tota, parte pereunte, manet uſusfructus in reliquo, ſicut in agri parte ſuperſtite contingit. Si vero pars, quæ ſupereſt, idem nomen tueri nequeat, ut area poſt domum exuſtam, ne quidem in area ipſa manet uſusfructus in *l. 5. §. 2. usque l. 13. Quib. mod. uſusfr. amitt.* Idem accidit mutatione, per quam res deſiit eſſe quod fuit, nomenque ſuum

* Jure Saxon. & mobilium & immobilium Uſusfructus amittitur non-uſu ann. 31. 6. ſept. & 3. d. Richter. *dec. 21. n. 57.* Carpz. *L. 1. Reſp. 36. n. 3. ſeqq.*

(k) *Poſ. 31.* (l) *Poſ. 32.* (m) *Poſ. 33.*

amiſit,

Digitized by Google

amiſit, ut latiſſime explicatur in *d. l. 5. §. 2. & ſeqq.* Hinc ædibus, inquam, exuſtis, areæ uſusfr. non debetur, neque enim area domus eſt, *hoc §. pen. d. l. 5. §. 2.* Perit etiam uſusfr. re mutata, ſicut in areæ uſufr. domo ei impoſita, quia deſiit area eſſe, *l. 5. §. ſ.* Idem ſi ex agro ſtagnum, vel e ſtagno fiat ager, *l. 10. §. 2. & 3. eod.* Imo ſi ex ſilva fiat arvum, non tamen ſi ex vinea arvum vel paſcuum, *§. 4. d. l. 10.* Maſſæ uſusfr. perit, vaſis inde factis, *§. 5.* quod ſecus in dominio, *§. 25. I. de A. R. D.* multo magis, nave diſſoluta refectaque, licet ex iisdem tabulis, *§. 7.* Imo quadrigæ uſusfr. uno pereunte equo, extinguitur, *§. ult. d. l. 10.* Si ex balneo teſtator habitationem, ex taberna diætam fecerit, uſusfr. antea legatus interit, quia habitatio non eſt balneum, nec diæta taberna, *l. 12. pr. d. t. Quib. mod. uſusfr. amitt.* Quin & hiſtrionis ſervi uſusfr. perit, ſi teſtator nomenclatorem fecerit, etſi adhuc ſervus ſit, hiſtrio tamen eſſe deſiit, *d. l. 12. §. ult.* quarum rerum quam late pateat conſequentia, non eſt obſcurum.

15. (n) *Quintus* finiendi uſusfr. modus, traditur in hoc *§. pen.* Conſolidatio, quæ vocatur, quando Uſufructuarius proprietatem rei acquirit, quia in re propria nemo uſumfr. ut nec aliam ſervitutem habere poteſt, *l. 5. ſi uſusfr. pet.* Semel autem confuſus cum proprietate uſusfructus, non reviviſcit, etſi proprietas iterum recedat, qua de re notabilis ſpecies eſt in *l. 17. Quib. mod. uſusfr. amitt.* Tibi uſusfr. fundi pure legatus eſt, Titio proprietas ſub conditione; qua pendente, proprietas ad te pervenit, & ſic conſolidatio facta eſt: dein exiſtit conditio, per quam Titius proprietatem cedere debet; quia autem tu uſumfructum conſolidatione amiſiſti, jam fruſtra eum retinere laboras, dudum quippe extinctum, ſed fundus in ſolidum Titio cedit, cui legata erat nuda proprietas. Haud alienum inde eſt, quod in *l. 26. de leg. 2.* legimus; Teſtator ſervum, in quo nudam proprietatem habebat, tibi legat, uſufructuarium heredem inſtituit; tu ſervum recte in ſolidum petis, nec uſumfructum heres retinere poteſt: an quia heres, proprietate jure heredis quæſita, uſumfr. amiſit, ut vult Balduinus *ad hunc §?* Non videtur, quia legatario, non heredi, immediate proprietas quæſita eſt, *l. 64. in ſ. de Furt.* Potius quia teſtator ſervum legans dominium plenum legavit, quod heres, cum poſſit, præſtare debet, quia ſi alienus fuiſſet ſervus, idem debuiſſet, *§. 4. I. de Leg.* Cæterum, ſi conſolidatio ſemel facta reſcindatur, uſusfructus reviviſcit, ut exemplo querelæ inofficioſi declaratur, in *l. 57. de Uſufr.* ſimilemque caſum vide in *l. 35. de bon. libert.*

16. (o) Quia autem proprietatis & uſusfructus conjunctio naturalis eſt, ac ratio jubet, ut ſuo quæque domino emolumentum ferat, ultro conſequitur, quoties finitus fuerit uſusfructus, eum reverti ad proprietatem; ſcilicet, ſi *totus* finiatur, ut *ἐμφατικῶς* additur in *§. ult. h. t.* Nam pro parte finitus, ut obſervant hic interpretes, accreſcit ei, qui alteram habet partem: quod tu cave ſimpliciter intelligas, nec enim uſum habet, niſi cum pluribus ejusdem rei uſusfructus conjunctim legatus eſt. Nam partibus ſeparatis, jus Accreſcendi ceſſat; quemadmodum in omni quoque uſufr. inter vivos conſtituto, quia Accreſcendi jus non niſi in ultimis voluntatibus locum habere poteſt. Sed de hoc jure alibi locus erit dicendi.

TIT. V.

De Uſu & Habitatione.

Uſus definitio & ab uſufr. differentia; item, an hic ſine uſu eſſe queat. Quid Juris ſit in uſu fundi vel ædium. De operis ſervorum. De Habitatione.

(a) SEcunda perſonalis ſervitus eſt Uſus, quem finire licet; Jus alienis rebus modice utendi, ſalva earum ſubſtantia. Differunt enim quantitate emolumenti. Nam uſusfructus omne commodum, quod ullo modo ex re percipitur, continet; Uſus nihil quam quod neceſſitas vitæ & quotidianus utentis victus exigit, *l. 12. §. 1. h. t.* Græce uſus dicitur *χρῆσις*, *l. 10. §. 1. h. t.* qua voce aliquando & fructus ſignificatur. Curius ad Ciceronem *l. 7. Epiſt. 29.* *Sum enim χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ Attici noſtri,* quod interpretatur, *Ergo fructus eſt tuus, mancipium* (proprietas) *illius.* Giphanius *ad princ. de uſufr.*

(n) *Poſ. 31.* (o) *Poſ. 36.* (a) *Poſ. 1.*

nulla

Digitized by Google

nulla lingua ſatis diſerte uſumfr. reddi poſſe exiſtimat; nam Germanicum Nießung, generale eſt, neque Belgicum *Lyſtocht*, quod uſitatum & a Grotio uſurpatur, ſatis clare uſumfructum ab Uſu diſtinguit. Græcum tamen ἀπόλαυσις efficacius eſt quam χρῆσις, ſed in hoc ſenſu JCtis minus uſitatum; unde Theophilus ſuo more οὖσον & οὐσονφρούκτον dicere mavult. Belgæ examuſſim uſumfructum reddunt, *Vrucht-gebruik*. Ut igitur vocabulum *Uſusfructus* ex uſu & fructu componitur, ita re ipſa hæc ſervitus utrumque continet, non formaliter, ſed quia uſufructuarius procul dubio & hoc, quod is, qui uſum habet, percipere poteſt. Ne autem duplex ſervitus, Uſus, & Fructus, contineri videatur, ſciendum, nihil intereſſe, Fructum an Uſumfructum dicamus, *l. 14. §. 1. h. t.* ubi etiam Fructui Uſus ineſſe dicitur, & quidem, *Fructus ſine uſu eſſe non poteſt*, ait *ibidem* Ulpianus. Atqui idem in *l. 5. §. 2. Uſufr. quemadm. cav.* diſerte *Fructum ſine uſu* obtingere poſſe ſcribit. Eſt autem ita: Cum Teſtator proprietatem fundi penes heredem relinquens Uſumfr. Titio legat, tunc unam facit ſervitutem, cui etiam Uſus ineſt, non ut diſtincta ſervitus, ſed per conſequentiam; quia is, cui plus datur, etiam habet quod minus eſt: Proinde uſusfructus ſimpliciter conſtitutus, naturaliter ſine uſu eſſe nequit, non magis, quam ut is, cui omne lucrum cedit, modicum non habeat. Ideoque, ſi uſufructu legato, uſus adimatur, nihil eſt ademptum, *d. l. 14. §. 1.* quia quod legatum non eſt, adimi nequit; at Uſus velut propria ſervitus, legatus non fuit. Verum ſi ab initio & nominatim teſtator dicat, ſe Uſum dare Titio, Fructum Cajo, tum nihil obſtat, quo minus ille nudum uſum pro neceſſitate, alter reliquum percipiat emolumentum, heredi nuda proprietate relicta, quod eſt in *d. §. ult.* Eodem plane modo diximus *ſupra tit. 3. n. 3.* Actum ſimpliciter conſtitutum, abſque itinere eſſe non poſſe, verum ſi ab initio ita expreſſe caveatur, nihil obſtare ſeparationi.

2. (b) Ex eo, quod uſus neceſſitati duntaxat inſervit, * aliud diſcrimen ab uſufr. naſci videtur, de quo Paulus in *l. 19. h. t.* *Uſus pars legari non poteſt, nam frui quidem pro parte poſſumus, uti pro parte non poſſumus.* Servitutes Reales ſunt individuæ, quia pro parte earum uſus inſtitui nequit, *l. 17. de Servit.* Uſusfructus diviſionem recipere intelligitur, *l. 5. de uſufr.* ratione fructuum, qui percipiuntur. Sed cum in Uſu quoque ejuſmodi res percipiantur, quæ dividi poſſunt, cur non & uſus æque dividuus habetur? Dicendum, quia uſus nihil tribuit quam neceſſitatem victus: cujusmodi neceſſitas, quia pro parte nemo vivere poteſt, imminui vel in partes ſecari nequit. (c) Præterea, uſusfructus in alium non modo per locationem, ſed & venditionem, aut donationem transferri poteſt, Uſus nullo modo, *§. 1. h. t.* quia translatio in alium excedit modum neceſſitatis. Adhuc aliam inter Uſum & Fructum differentiam, tradit Giphanius ad *§. 1. h. t.* quod Fructuarius cautionem præſtet, Uſuarius non præſtat, *argum. tit. Uſufr. quemad. cav.* Sed incogitanter Giphanium ſolius Rubricæ argumento uſum eſſe, indicat *l. 5. §. 1. l. pen. eod. tit.* quæ de nudo etiam uſu cavendum eſſe, diſerte docet: ſcilicet, Uſuarium ultra quam neceſſitas requirat, non uſurum.

3. (d) Porro, ut natura Uſus exacte cognoſcatur, videndum per genera rerum, quid ad Uſuarium pertineat. Neque enim in omnibus rebus eadem ab uſufructu differentia apparet. Uſuarius fundi nihil habet ulterius, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis ad uſum quotidianum utatur, *§. 2. h.* ſecundum Nervæ ſententiam, dein emendatam a Sabino, Caſſio, Labeone, Proculo, qui auctores fuerunt, uſuario quoque de foliis, oleo, frumento, frugibus, quod ad victum ſibi ſuisque ſufficiat, concedere, *l. 12. §. 1. h. t.* De pecudibus in *§. 4. h. t.* traditur, uſuarium neque lacte neque lana uſurum, verum ſtercore ſolo ad agrum ſtercorandum; At hæc quoque Labeonis opinio, ut nimis putida, diſplicuit Ulpiano, qui etiam modicum lac uſuario tribuendum putat *d. l. 12. §. 2.* Ideo diximus in *Poſitione 5.* liberalius *deinde* cautum eſſe, de quo Scholiaſtes noſter ita obſervat.

SCHOLIUM.

Obſcurior eſt hæc locutio, & facile quis inde putare poſſet, mentem Auctoris eſſe, jus vetus contineri in Inſtitutionibus, novum in Pandectis, cum tamen Inſtitutiones ex Pandectis ſint collectæ.

RESPONSIO.

Scholiaſtes ipſe reſpondet, cum lectori monſtrat

* Ita in Saxonia Parochis uſus, non uſusfructus, competit in denen Pfarr-Höltzern. *Art. Gen. 31. Ref. Gr. de A. 661.* von *Conſiſt. S. gr. 28.*

(b) *Poſ. 2.* (c) *Poſ. 3.* (d) *Poſ. 4. 5. 6.*

hanc

hunc locum in Prælect. ubi mox ita ſcriptum eſt: Sed hoc ampliandum ex l. 12. §. 1. & 2. h. t. *modo id obſervetur, in ipſa* l. 12. *diverſi temporis jura memorari: adeoque τὸ deinde ibi recte etiam retineri.* Pergamus igitur.

Hoc inquam ampliandum ex *l. 12. §. 1. h. t.* ut ex omnibus, quæ in fundo naſcuntur, quod ad victum ſibi ſuisque ſufficiat, ſumere poſſit uſuarius; atque etiam habitare in villa poteſt, *quatenus domino fundi moleſtus non ſit.* Atqui in *l. 10. §. ult. h. t.* habetur, Uſuarium (ſi nempe plenus prædii uſus cum villa & prætorio relictus ſit, *l. 12. pr. h. t.*) prohibere poſſe dominum, venire in fundum, ſcil. habitandi cauſa, non quo minus ad fructus colligendos ibi verſetur, *l. 15. §. 1.* quin & habitare tantiſper poteſt, *d. l. 12. in pr.* Ex fundo igitur qui uſumfr. habet, longe plus percipit quam qui ſolum uſum. (e) In ædibus non eſt tantum diſcrimen; nam præter habitationem, quæ Uſuario debetur, vix eſt, ut alii reditus e domo proveniant; quin & ſæpe uſus ædium excedere videtur neceſſitatem: Si enim tam *anguſtus* ſit, id eſt, tam parvæ familiæ, vel tam parvo contentus, ut pars minima domus ei ſufficiat, proprietario tamen nihil cedere cogitur, ſed vel mutabit aliquando diætas, *l. 22. §. 1.* vel locabit reliquas partes, & tum quoque mercedem percipere poteſt, ſi, inquam, ipſe partem inhabitet, *l. 2. §. 1. & l. 4. pr. h. t.* Totum enim uſum, nec pretio, nec gratis, ut modo diximus, transferre poteſt; quominus autem hoſpites & familiam licet magnam, recipere liceat, hodie quidem non dubitatur, *d. §. 1. h.*

4. (f) Minus adhuc diſcriminis in ſervi operis animadvertitur, utrum, qui has habet, uſuarius an fructuarius ſit. Nam in *l. 4. de oper. ſerv. Fructus hominis,* ait Gajus, *in operis conſiſtit, & retro in fructu hominis operæ ſunt.* Contra Terentius Clemens *in l. ſeq. Operis ſervi legatis, uſum datum intelligi, & ego didici, & Julianus exiſtimat.* Imo *operis ſervi legatis, neque uſus neque uſusfructus in eo legato eſſe videtur,* ſcribit Paulus in *l. 1. §. 9. ad L. Falcid.* Satis perplexe. Dixerim ita; Accurate loquendo, Operæ, jus medium ſunt inter uſum & fructum, plus enim quam uſus continent, quia ex eo ultra neceſſitatem lucrum etiam oritur; minus quam Fructus, quia non omne lucrum, ſed quod ex operis provenit, duntaxat tribuit. Ergo proprie *in operis ſervi legatis nec uſus neque fructus eſt,* ut habet *d. l. 1. §. 9.* Tamen quia res tanti non eſt, ut diſtincta ſpecies conſtituatur, & proxime ad naturam utriusque accedit, idcirco operæ Fructus eſſe videntur, quia plus ſunt quam uſus, *d. l. 4.* Rurſus videntur uſus eſſe, quia minus quam uſusfructus ſunt, *l. ſeq.* Atque ita proprie nec uſus nec fructus, improprie vero utrumque appellari poſſunt. Id vero peculiare ab utroque habent operæ, quod nec capitis diminutione, neque non utendo, nec denique morte ejus, cui relictæ ſunt, ſed morte vel uſucapione ſervi finiantur, *l. 2. de uſufr. leg.* Idem eſt in jumento, ait Imperator *in fin. §. 3.* Sed pecudum uſu plusculum comprehenditur, ut diximus.

5. (g) Sunt etiam res, in quibus nullum diſcrimen, uſum an uſumfructum ſtatuas, reperitur, cujusmodi res eſt pecunia, omnesque, quæ res fungibiles vocantur, *l. 5. §. ult. & l. 10. de uſufr. ear. rer.* Sed quod idem in uſu ſilvæ legato vult eſſe recipiendum Hadrianus *in l. 22. h. t.* fateor, quam habeat rationem, me non intelligere. Nam quod Cæſar ait, *niſi legatariis cadere ſilvam & vendere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri eſſent ex eo legato.* Quid enim, nonne ad uſum ſui foci, vinearum aliasve neceſſitates, uti poteſt lignis & ſtipitibus, ut tamen inde multum in alios quoque diſtrahi poſſet? Plane ſilvas tam modicas dari poſſe, quæ hoc diſcrimen non recipiunt, intelligimus, & de talibus igitur ille textus accipiatur.

6. Præterea ſubtilitate Jurisperitorum accidit, ut Habitatio diſtincta ſervitus haberetur, licet in effectu parum ab uſu & minus adhuc hodie ab uſufructu differat. Uſum excedit, quia, cui habitatio debetur, is totam domum locare, aut conſequenter gratis concedere poteſt, *§. 5. h. l. 13. C. de uſufr.* Verum ita coincidit cum uſufructu ædium, quo quid magis continetur, quam ut domum inhabitare aut locare liceat?

SCHOLIUM.

In eo tamen puto eſſe differentiam, quod ſi conditorium mercium ſit junctum ædibus, ein Gewölbe, *illo uti poſſit uſufructuarius, non ille, cui habitatio relicta eſt.*

RESPONSIO.

Cum habitatio contineat jus locandi domum totam, non video, ſi taberna vel horreum pars ædium ſit, quin ſimul eam partem locare liceat habitationis legatario. Si pars ædium non eſt, ne fructuario quidem plus juris erit.

(e) *Poſ. 7.* (f) *Poſ. 9. 10.* (g) *Poſ. 8.*

Digitized by Google

N. ADDIT.

Potius invertimus: ſi ipſe, qui jus habitationis habet, non poteſt uti conditorio mercium, nec poteſt locare, non enim poteſt plus in alium transferre, quam ipſe habet. Quod vero non poſſit uti taberna mercatoria, (einem Kaufmans-Gewölbe) *inde patet, quia habitatio ſaltem relicta eſt, i. e. domus ad habitandum, non ad exercendum mercaturam. Ad Autoris objectionem reſpondemus, in allegatis textibus nusquam dici, quod habeat jus locandi totam domum, ſed ſaltem dicitur, quod habeat jus locandi habitationem. At domus vocabulum plura comprehendit, quam habitationem.*

Hactenus ſane juris acumine ab Uſu & a Fructu differt Habitatio, quod neque capitis diminutione, neque non utendo finiatur, *l. 10. h. t.* prout modo de Servorum operis eſt dictum. Ratio redditur in fine *l. pen. de cap. min.* quia tale legatum in facto potius habitandi, quam in jure conſiſtit; adeoque res eſt quaſi *meræ facultatis*, cui præſcribi nequit, ut Dd. volunt; & qui capite minutus eſt, jura quidem amittit, ſtatu mutato, ſed ad factum habitandi perinde ac alius ſufficere exiſtimatur. Animadverti ex his poteſt, in quibuſdam rebus uſum & uſumfr. parum aut nihil diſcrepare, in aliis, ut fundo & pecudibus, diſcrimen quidem perſpicuum notari, ſed cujus termini ſint valde lubrici & inſtabiles. Fieri enim vix poteſt, quin inter eum, qui Uſum ad neceſſitatem, & qui reliquum habet lucrum, non continuæ oriantur difficultates, de modo neceſſitatis & qualitate fructuum, quibus indigeat Uſuarius: præſertim ſi hic in prædio habitet, & fructuarius in eodem verſetur. Quare uſum & habitationem in populari praxi haud frequenter ab uſufructu diſtingui exiſtimem. Plerumque Res ſimpliciter concedi videmus *tot lyſſtonde*, qua voce Uſumfructum intelligi, nemo, ni fallor, dubitat. Ideoque parum abeſt, quin Uſus non multum habere videatur uſus.

TIT. VI.

De Uſucapionibus.

Continuatio & definitio uſucapionis, ejusque juſtitia defenſa. Differentia a præſcript. Requiſita uſucapionis in ſumma. Primum & ſecundum ſpecialiter. Tertium de titulo juſto. Quartum de re habili atque inhabili ad uſucapiendum. Quintum continua poſſeſſionis. De re aliena a fiſco vendita.

(a) MOdi, quibus hucusque dominia rerum & Servitutes acquiri dicimus, ex Jure Communi & Gentium oriri creduntur. In tranſcurſu de ſuperficie & de Servitute, quæ ſunt duo jura in Re, eſt actum;

SCHOLIUM.

Sed ubi? Videtur reſpicere ad ea, quæ dixit tit. de R. D. ad §. 30. poſ. 74. *Sed ibi magis de jure ſoli, quam de jure ſuperficiei diſſeruit. De ſuperficie porro ita tene; ſive per illam Autor intelligat jus ſoli, de quo dixit ſupra ad* d. poſit. 74. & ſeqq. *ſane illud ſpectat ad dominium rerum corporalium; ſive intelligat illud jus ſuperficiei, de quo agitur* in ff. tit. de Superfic. *& hoc ſpectat ad dominium rerum corporalium, ſed utile*. vid. Struv. Ex. 44. th. 28.

RESPONSIO.

Tam de jure ſuperficiarii, quam de eo, quod ſoli dominus habet, d. loco *ſatis diſerte, ni fallor, actum eſt, quanquam in Pandectis locus de* Superficie *proprius occurrit. Quod ſcholiaſtes ſuperficiem ſub dominio comprehendendam putat, de eo ſuperius ſatis reſponſum exiſtimo ad* poſit. 28. de A. R. D. *de utili dominio ſatis etiam* poſit. 34. *diſſeruimus.*

N. ADDIT.

De jure quidem ſuperficiarii parum aut nihil ibi agitur. Eſt enim Superficiarius, qui in area aliena cum conſenſu domini ita ædificavit, ut ipſe ſit Dominus ſuperficiei, alter vero maneat Dominus ſoli. Supra vero actum fuit de iis, qui in alieno ſolo inſcio vel invito domino ædificant. Porro quod dicit, ſe ſupra ad poſit. 28. *reſpondiſſe aſſertioni, quod ſuperficiem hic referam ad dominium, forte ſenſum haberet, ſi eam retuliſſem ad dominium late dictum, utpote de quo ſupra illo loco diſputatum fuit. Nunc cum diſerte addam in Scholio, ſuperficiem pertinere ad dominium corporalium rerum, nihil in allegato loco deprehendes, quod hanc meam aſſertio-*

(a) *Poſ. 1. 2.*

nem

Digitized by Google

nem ſaltem impugnet, cujus veritas inſuper ſenſu quaſi communi percipitur. Nam uti ſolam eſt res corporalis, ita etiam ſuperficies. Quod autem ultimo loco de dominio utili, provocat ad poſit. 34. de A.R.D. *nec ibi quicquam reperitur, quod theſin noſtram feriat. Primo ſugillat ibi denominationem dominii directi & utilis, quia ſcilicet in jure dicatur quidem actio directa & utilis, ſed hi termini tamen non prædicentur de cauſis actionum. In verbis ſimus faciles, modo in re conveniamus. Si quid valeret objectio Autoris, valeret etiam contra JCtum, quisquis ſit, qui primus terminum actionis directæ & utilis invenit. Ratio denominandi non inepta eſt. Dominus utilis eſt, qui quotidianas utilitates ex re percipit; directus, qui Dominus ſoli eſt, & a cujus voluntate jus dominii utilis quaſi dependet. Concedamus Autori tamen, non eſſe nugas, cum de re conveniat, vituperare verba, concedamus terminum dominii utilis ſolœcum eſſe, ſufficit, quod, ut ipſe rurſus concedit, in foro ſolœcismos tales anxie fugiendos eſſe, nemo prudens dixerit. Rem ipſam vero quod concernit, etſi emphyteutam ibi negat eſſe Dominum, ſufficit tamen, quod leges ab ipſo adductæ ex Codice, contrarium ſtatuant, ex quibus ad leges pro ſe allatas facile reſponderi poteſt, ſi diſtinguas inter dominium ſoli & ſuperficiei vel emphyteuſeos.*

Nunc tranſit Cæſar ad modos acquirendi Juris Civilis proprios, quos vel particulares dicere ſolemus vel univerſales. Particulares præcipue tres noſcuntur, Uſucapio, Donatio, & Legatum; denique, ſi hoc addere lubet, Fideicommiſſum ſingulare, quod vix hodie a Legato differt. Etſi vero apud alias Gentes eædem acquirendi ſpecies frequententur; quando nulli ſunt populi, in quibus non donetur, aut legetur, vel præſcriptiones fiant, tamen quia momentum harum acquiſitionum non a facto hominis, ſed immediate a lege pendet, quæ cujusque civitatis propria & pure civilis eſt, idcirco hos modos acquirendi mere civiles appellamus.

2. (b) Quos inter primo occurrit Uſucapio, quæ definitur a Modeſtino in *l. 3. de Uſucap.* quod ſit, *Adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti.* Dicitur *Adjectio* potius quam *Adeptio*, quia hæc magis factum hominis, illa vox vim legis, dominium inſciis nobis, ipſo jure adjicientis, ſignificat. Reliqua verba indicant, Uſucapionem eſſe talem modum, quo res aliena fit noſtra, ex eo, quod tam diu a nobis poſſeſſa fuerit, ut lex inde præſumat, verum dominum aut non extare amplius, aut rem pro derelicta habere; cui accedit ſumma ratio, quod generis humani & publicæ quietis maxime interſit, litium prætextus aliquo tempore finiri. Legis enim officium eſt, poſſeſſoribus rerum præſtare ſecuritatem, *& finem,* (ait Cicero *pro Cæcin.*) *ſolicitudinis ac periculi litium*, quam certitudinem ipſe eleganter *uſucapionem* vocat. Et quidem præſumptam derelictionem vel negligentiam domini, plerumque revera intervenire, probabile eſt, quia vix fieri poteſt, quin longo tempore res ad nos pertinens aliqua via ad notitiam noſtram perveniat. Atqui tunc ſimpliciſſima æquitas naturæ, uſucapioni ſuffragatur; quod ſi graviſſimis cauſis impeditus ſit, quo minus ſcire potuerit, ubi ſua res mobilis foret, aut quo minus immobilem vindicaret; reſtitutionem in integrum impetrare poſſe videtur, ex clauſula Prætoris in Edicto, quod extat in *l. 1. §. 1. Ex quib. cauſ. major. l. 2. & l. 4. C. Quib. non objic. longi temp. præſcr.* Imo Juſtinianus, in *Nov. 119. c. 7.* ſtatuit, uſucapionem rei, in qua ſemel mala fides perpetrata eſt, adverſus ignorantem dominum non procedere: ſed hunc ſola præſcriptione longiſſimi temporis excludi; ex quo intelligimus, nullam ſupereſſe cauſam, quare uſucapio rationi aut æquitati inimica vel repugnans, ut Ameſio *5. de Conſcient. cap. 41.* viſum, ſit ſtatuenda: multo minus impium præſidium appellanda, quod in *Nov. 9.* fieri videtur; tametſi non temere Conſtitutio illa, quæ in Græco non extat, pro ſpuria habeatur. vid. Duar. *Comm. ult. ad h. t. c. 1.* Plura Grotius *2. de J. B. & P. cap. 4.*

3. (c) Erat autem uſucapio modus olim proprius civium Romanorum: Peregrinos enim jure acquirendi legitimo, quod per ceſſionem, mancipationem, uſucapionem, hereditatem exercebatur, caruiſſe, nota res eſt. Nominatim de uſucapione in hunc ſenſum omnes adhuc ea verba intellexere, quæ ex XII. Tabulis ſuperſunt; *Adverſus hoſtem æterna auctoritas eſto*, ubi per hoſtem Cicero *1. off.* Sextus Pompejus, & Macrobius *1. Saturn. 16.* peregrinum monent intelligendum, juxta ac Varro docet *4. de L. L.* peregrinum, qui ſuis legibus uteretur, olim *hoſtem* nominatum; quam interpretationem omnes eruditi ſine ſcrupulo ſunt ſecuti, ante

(b) *Poſ. 3. 4.* (c) *Poſ. 6.*

Digitized by Google

te Virum Cl. A. B. Van *Tienen*, qui in diſputatione *ad tit. Inſt. de A. R. D.* putat, *& Macrobium & Pompejum, atque ipſum etiam Ciceronem erraſſe*, adeoque hoſtem in XII. Tabulis nihil ſignificare quam adverſarium. Mihi vero nulla adhuc cauſa, cur veteribus in linguæ ſuæ intellectu fides hac parte neganda ſit, juſta ſatis videtur. Per uſucapionem igitur cives Romani Dominium Quiritarium conſequebantur, rerum quidem tam mancipi quam nec mancipi, ut docet Ulp. *tit. 19. §. 7.* non tamen prædiorum provincialium, ſed in illis recepta erat præſcriptio decem annorum inter præſentes, 20. inter abſentes; cum uſucapio in mobilibus anni, in immobilibus biennii ſpatio abſolveretur; *Lex*, ait Tullius *pro Cæc. jubet in uſum & auctoritatem fundi eſſe biennium*, quod a pari *ad domos* trahit *in Topicis.* Id quod Juſtinianus merito abrogavit in *l. un. C. de Uſucap. transform.* miſeros appellans dominos, *qui abſentes & neſcientes tam anguſto tempore ſuis cadebant poſſeſſionibus.* Nam ad ſtabiliendam præſumptionem negligentiæ vel derelictionis, tam exigui temporis ſpatium minime valebat. Naturaliter id certum eſt, lapſum temporis immemorialis quaſi infinitum eſſe, & proinde talem ſine exceptione ad ejusmodi præſumptionem ſufficere. Obliterandæ autem memoriæ quot anni requirantur, in univerſum difficulter conſtitui poteſt. Sane cum viva hominum recordatio, non literis propagata intelligatur, dubium non eſt, quin centum anni abunde ſint, quæ eſt maxima, ſed extraordinaria, in jure civili præſcriptio, *l. 23. & Auth. ſeq. C. de SS. Eccleſ.* Quin nec improbabile viſum, quot annis generationes hominum circumaguntur, totidem memoriam hominum abſolvi; At ab omni antiquitate γενεὰς, generationes, tertia ſæculi parte definitas fuiſſe conſtat; Quod ſpatium moribus quarundam gentium hodieque in longiſſima præſcriptione receptum eſt, ut in Hollandia, teſte Grotio *l. 2. Jur. Holl. c. 7. n. 34.* ubi, *een derdendeel van hondert jaaren.* adde L. Goris 5. *adverſ. miſcell. 9.* neque abludit inde Jus Romanum, cui maxima præſcriptio ordinaria, qua omnes Juris prætextus omnesque lites terminantur, placuit annorum (quia rotundus numerus expeditior videbatur) *triginta, l. 3. l. 4. & l. 7. §. 1. C. de Præſcript. 30. vel 40. annor.* Quadraginta enim & quinquaginta anni certis duntaxat caſibus deſiderantur, *d. l. 3. §. ult. C. de Alcator.*

4. Sed in Rubrica hujus tit. ab Uſucapione diſtinguitur longi temporis præſcriptio, ut etiam diſtinguuntur in *l. 54. de Evict.* Præſcriptio fuit olim accommodata rebus, ut dixi, quæ uſucapi non poterant, ut ſunt prædia provincialia, quorum non erat dominium, niſi *bonitarium:* Sed uſucapio erat modus acquirendi jure Quiritium, unde *Quiritarium* dominium, *l. un. C. de uſucap. transform.* Præſcriptio non tam dominium transferebat, quam exceptionem a temporis lapſu ſuppeditabat, ut *infra ad tit. de perpet. & temp. act. & de Except.* docebitur. Juſtinianus præſcriptionem longi temporis & uſucapionem, quod attinet ad res immobiles, confudit, ac inter ſe miſcuit, atque ex utraque fecit unam *uſucapionem*, quæ nunc etiam eſt rerum Provincialium, & durat longum tempus, cum olim biennalis eſſet; adeo ut heic longi temporis fiat mentio præſcriptionis, ut Lector vim ejus in hoc quoque titulo contineri præſumeret.

(d) Hodieque itaque duplex Uſucapio eſt, mobilium rerum, vel immobilium. Res mobiles uſucapiuntur triennio, Immobilia, ubicunque ſita, longo tempore, id eſt, 10. annis inter præſentes, 20. inter abſentes. * Idcirco tenini adhuc diverſi ſunt; Uſucapio atque Præſcriptio. Illa enim non niſi rerum corporalium, hæc etiam incorporalium & actionum eſt; illa tribus, 10. vel 20. hæc pluribus vel paucioribus annis conſtat. Sed diſcrimen inter prædia Italica & provincialia, uti & omnis differentia effectus, ſublata eſt; ſiquidem ex præſcriptione dominium hodie perinde plenum atque ex uſucapione transfertur, *l. un. C. de uſucap. transform. l. un. C. de nudo jure Quir. toll.* Verum ut uſucapioq;uantum fieri poteſt, ad regulas Juſtitiæ ordinetur, ſciendum, præter legitimum temporis lapſum, quod eſt *primum* requiſitum,

* Jure Saxonico anno 6. ſept. 3. diebus res mobiles, immobiles 31. ann. 6. ſept. & 3. dieb. præſcribuntur, LR. *l. 1. art. 28. 29. L. 2. a. 44.* Lehn. R. *c. 16. j. P. 2. C. El. 3. & 6.* Schilt. *ad ff. Ex. 45. th. 50. & 54.* Annus tamen in rei mobilis uſucapione, non niſi ſcienti domino currit, *d. art. 28.* Carpz. *ad d. C. 3. d. 13.* In immobilium autem præſcriptione ex tanto temporis lapſu bona fides præſumitur, usque dum contrarium probetur, *P. 2. C. El. 3.* Carpzov. *ad d. C. d. 7. 8.*

(d) *Poſ. 6.*

ſecun-

ſecundo adeſſe debere bonam fidem, id eſt, opinionem, qua poſſeſſor ſe dominum eſſe credit, *pr. h. t. l. 109. de V. S. Tertio,* Juſtum titulum ſive cauſam habilem ad transferendum alioqui dominium, *d. pr. l. 1. 2. & ſeqq. de Publ. in rem act.* de quibus vide Rubricas *ff. pro ſoluto, pro emptore, pro herede, pro donato, pro derelicto, pro dote, pro ſuo. Quarto,* Rem oportet eſſe uſucapionis capacem, quales non ſunt, quæ enumerantur in *§. 1. 2. & 4. h. t. Quinto* & præcipue neceſſaria eſt poſſeſſio continua, non interrupta, *§. diutina. 7. hic, l. 2. de Uſucap.*

5. (e) Secundum ordinem autem horum requiſitorum, tractatus *hujus tituli in Inſtitutionibus* abſolvitur. De *tempore* enim tam quod olim, quam quod eſt hodie, agitur *in princ.* deque eo ſatis eſt dictum. Civiliter autem computatur, *(vide l. 134. de V. S.)* non tamen, ut annus cœptus pro impleto habeatur, quemadmodum in honoribus, *l. 8. de muner. & honor.* ſed ut diem poſtremum ultimi anni ſufficiat inchoatum eſſe, *l. 6. de uſuc.* quanquam in præſcribendis actionibus naturaliter, id eſt exactis omnibus horis & momentis, computatio fiat, *l. 6. de O. & A.* In eodem *pr.* eſt alterum, nempe *bonæ fidei* Requiſitum, ut poſſeſſor ignoret rem eſſe alienam. Etenim nihil eſt aliud B. fides, quam opinio, qua quis credit, ſe eſſe dominum rei poſſeſſæ, ſive, ut Canones, *Illæſa rei alienæ conſcientia, c. ult. X. de Præſcript.* ita ut *ignorare* ſufficiat, *rem eſſe alienam, l. 109. de V. S.* de quo dix. In dubio autem potius eſt, ut bona fides præſumatur*, etiamſi emptor in caſum, ſi res ab alio evincatur, quaſi ſpreta auctoritate tradentis, diligenter ſibi caverit, *l. pen. C. de Evict.* Schneidew. *ad pr. h. t. n. 21.* Cui conſequens eſt, eum, qui ſuſpicione de alterius dominio oborta, dubitare cœpit, non ſtatim bonam fidem exuere, ſed tum demum, ubi vel jus ejus ſatis exploravit, vel cauſa in judicium deducta eſt, *l. 10. C. de Acquir. poſſ.* Verum cujus opinio juris errore fundata eſt, is, etſi dolo careat, & quod ad fructus pro bonæ fidei poſſeſſore habeatur, *l. 25. §. 6. de Hered. pet.* in uſucapione tamen, quæ merito ſtrictæ interpretationis eſt, nequaquam pari effectu gaudet, *l. 31. & l. 32. §. 1. de uſuc.* ideoque nihil vetat, juris errorem ad malam fidem referri; tametſi non intercedo, quo minus eum, ſi placet, ad defectum tituli referas juſti, ut vult Scholiaſtes noſter ad *poſit. 8. h. t.*

N. ADDIT.

Ego vero intercedo, ne juris error ad malam fidem referatur, etſi non gaudeat effectu bonæ fidei. Rationem dedi jam in eodem Scholio, ab Autore ſuppreſſo, quia obſtat huic ſententiæ §. item ſi is. Inſt. de uſuc. *verbis:* furtum enim &c. *Ad quam nihil hic reſpondet Autor.* *

6. (f) Cæterum, bonam fidem ſufficit ab initio adeſſe; nam, mala fides ſuperveniens non interrumpit uſucapionem ſemel bona fide cœptam, *l. 48. §. 1. de A. R. D. l. un. C. de uſuc. transf.* tametſi in fructibus acquirendis contra obtineat, *d. l. 48. §. 1.* ſcilicet uſucapio ad jus pertinere exiſtimatur, fructuum perceptio magis eſt facti, ubi quælibet temporis momenta ſpectantur: ſed Jus Pontificium vult malam fidem, quocunque tempore ſupervenientem, impedire uſucapientem, vel præſcribentem, *cap. fin. extr. de præſcript.* at malæ fidei poſſeſſorem nullius etſi immemorialis temporis præſcriptione muniri, aut dominum Pontifices fieri permittunt, *c. 2. de R. J. in 6. d. cap. fin. de præſcript.* Cæterum, in uſucapiendis hominibus ſpecialiter jure civili placuit bonam fidem requiri continuam, *l. 4. §. 16. & ſeqq. h. t. l. pen. pro ſuo.*

7. (g) Tertium requiſitum *tituli juſti*, memoratur in *eod. princ.* ſcilicet, talis, per quem dominium alias transferri queat; Nam ex quibus cauſis dominium præſtatur, ſi transferens ſit dominus, ex iisdem non dominus Uſucapiendi conditionem tribuit, *§. 5. in fin. I. Per quas perſon. cuique acquir.* ut ſi quis in ſolutum acceperit emeritve rem, quæ, ut accipiens putabat, non erat venditoris aut debitoris; idem in donatione, ſi jure permiſſa ſit: nam ſi vir uxori donaverit, ea nec domina fit, quia lex prohibet, nec uſucapio procedit, *l. 1. §. 2. pro donato.* niſi vir rem alienam uxori donarit; tunc enim quæ propriam mariti nullo modo acquirere poterat, temporis lapſu dominio alienæ rei, in qua vir liberalis fuit, potitur, *l. 3. d. t. & l. 25. de donat. int. Vir. & ux.* qua ſcilicet donatio ea tantum inter conjuges prohibita eſt, quæ donantem facit pauperiorem, qualis non eſt liberalitas ex alie-

* Scholium Thomaſianum hoc eſt: In allegato textu *l. 31. h.* non dicitur, hunc pro malæ fidei poſſeſſore haberi, & obſtat etiam huic ſententiæ *d. §. item ſi is, I. h. t.* Ergo potius dicerem, eum, qui in jure errat, propter deficientiam tituli non poſſe uſucapere.

(e) *Poſ. 7. 8.* (f) *Poſ. 9.* (g) *Poſ. 10. 11.*

alieno, *d. l. 25.* Sed quæ eſt ratio, quod donatio mortis cauſa, traditione a donatore vivo impleta, uſucapionis effectum non præſtet, ut habetur in *l. 13. pr. de donat. m. c.*? Quia dominium hoc a donatore ſemper revocari poteſt, *l. 30. eod.* ideo, ſi donatarius per uſucapionem dominus ſit factus, æque datur repetitio, quam ſi mox ab initio dominium adeptus eſſet, perinde atque de condictione indebiti ſcriptum eſt in *l. 15. §. 1. de cond. indeb.*

8. Jam id ultro liquet, contractum ſimulatum fictumque, ubi nihil agitur, pro nullo eſſe, *L. 1. C. Plus val. quod ag.* Sed ubi aliud pro alio ſimulatur, ſi is, qui diſſimulatur, ſaltem habilis ſit, eum ſufficere ad effectum juris, ut cum venditio donandi animo celebratur, *l. ult. pro donato.* Poſſeſſionem quoque oportet eſſe translatam ex ejusmodi titulo: Scriptum enim eſt, errorem falſæ cauſæ non parere uſucapionem, *§. 6. h. t.* velut, ſi rem mihi commodatam poſtea oblivione putem mihi venditam, vel donatam. Si tamen traditio facta ſit ex errore falſæ cauſæ; ut ſi heres tradiderit mihi rem, putans legatam a defuncto, cum idem ego putarem, etſi nunquam legata fuerit, uſucapio procedit, *l. 3. Pro ſuo. l. 48. h. t.* quod etiam in reliquis titulis, excepta venditione, procedit: Nam in hac non ſufficit, tempore traditionis utrumque contrahentem putaſſe, quod venditio præceſſit, verum & revera oportet eam eſſe celebratam, *d. l. 48. & l. 2. in pr. pro Emp.* niſi error valde probabilis ſit, cujus exempla vid. in *l. 11. & l. 13. §. 1. ff. pro emp.* Ratio autem, cur in venditione error traditioni cohærens, minus quam in reliquis ſit efficax, eſſe videtur, quod nimia foret inæqualitas, ſi opinio venditionis pro vera haberetur, ubi nullum intervenisset pretium. Ac in cæteris cum mens tradentis non ſit, pretium accipere, etiam fraudari non videtur, quod error ejus pro veritate habeatur, contra ac venditor, qui rem amittat pretio non accepto. Videtur etiam ſi error valde probabilis ſit, opinio ſola ſine traditione ad uſucapionem ſufficere, venditione rurſus excepta, *l. ult. pro ſuo.*

9. (h) De Quarto requiſito, *ut res ſit Uſucapionis capax*, prolixius agitur in *§. 1. & ſeqq. h. t.* Incapacitas autem oritur vel ex natura rerum, vel privilegio, vel denique ex vitio illarum. Ob *naturam* ſuam primo uſucapi nequeunt Res incorporales, ut ſervitutes, *l. 43. §. 1. de A. R. D.* item Res commercio exemptæ, ut ſacræ, ſanctæ, religioſæ, & liberi homines, *§. 1. h.* quia talia dominium plane non recipiunt, nec titulus alienandi illis convenit. Ob *privilegium* uſucapioni ſubtrahuntur primo, Res Fiſci, quæ ſcilicet nunciatæ & acquiſitæ ſunt fiſco. Nam bona vacantia, licet ad Fiſcum ſpectent, ejus tamen non ſiunt, nec jure fiſcalium gaudent, *§. 4. h. l. 18. & l. 24. §. 1. h. t.* Fiſcalibus, ut alias, ita hactenus comparantur Res Dominicæ, id eſt, principis patrimoniales, item res civitatum, Eccleſiarum, gerontocomiorum, aliarumque domuum miſerabilium, de quibus in *tit. C. Ne rei dom. vel templ. l. ult. C. de fund. patrim. l. ult. C. de fund. rei priv. & l. 23. C. de SS. Eccl. N. 9. N. 111. N. 131. c. 6.* Præterea res pupillorum, *l. 3. C. Quib. non obeſt l. t. præſcr.* quibus neque longiſſimi temporis præſcriptio currit, *l. 3. C. de præſcr. 30. v. 40. ann.* Porro nec Res minorum uſucapionem recipiunt, *l. ult. C. in quib. cauſ. in int. reſt.* Nec bona adventitia filiorumfam. *l. 1. §. 2. C. de Annal. except.* Neque res, quas Præſes provinciæ contra Legem Juliam comparavit, *l. pen. de L. Jul. repet.* denique res prohibitæ alienari lege, vel teſtamento, *l. 2. C. pro empt. & l. 16. de fundo dot.*

10. (i) *Vitioſæ Res* ſunt, Furtivæ, atque vi poſſeſſæ, quas factum furis & invaſoris tam odioſe afficit, ut ne a tertio quidem & bonæ fidei poſſeſſore uſucapi queant, propter vitium rei inhærens, quod poſſeſſorem quemvis comitatur, *l. 7. C. Pro empt. l. 11. C. de Acquir. poſſ.* Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ait Imperator, *§. 2. h.* ut bonæ fidei poſſeſſoribus uſucapio competat, quia difficulter accidat, ut res aliena mobilis ſine juſta cauſa in manus tertii, abſque *furti vitio* perveniat. Poſſe tamen id fieri, duobus docet exemplis: uno, ſi heres rem defuncto commodatam aut locatam, vel apud eum depoſitam, exiſtimans hereditariam eſſe, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit; tunc enim, quin is, qui acciperit, uſucapere poſſit, dubium non eſt, quia heres furtum non commiſit, & qui accepit, bonam fidem habuit. Utrum autem ipſe heres tali caſu uſucapiendi jus habeat, non decidit Imperator, ideoque id alias examinandum. Alter caſus eſt, ſi quis rem bona fide acceperit ab eo, qui per juris errorem eam poſſidebat. Quanquam enim uſucapio ipſi interdicta ſit, a furto tamen procul abeſt. Ideoque vitium rei nullum ex ejus poſſeſſione inhæret. Exemplum

(h) *Poſ. 12. 13.* (i) *Poſ. 14. 15.*

plum refertur in partu ancillæ, quem fructuarius putat ſuum eſſe erronee, cum fœtus hominis in fructu non ſit, ut dictum ſupra in *§.37. de A. R. D.* Proin ipſe quidem uſucapere eum prohibetur, ſed emptori nihil obſtat, quo minus uſucapiat. Cæterum, longiſſimi temporis præſcriptione etiam res furtivas hodie acquiri, docet *l. 3. & 4. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.*

11. (k) *Res* porro *vi poſſeſſæ* intelliguntur immobiles, quæ alias dicuntur invadi, *§. 1. in fin. de vi bon. rapt.* Atqui nec hæ uſucapionem recipiunt, ſed tantum longiſſimi temporis præſcriptionem, *Auth. malæ fidei. Cod. de præſcript. long. temp.* Quod ſi rem ſoli aliquis ſine vi ſit nactus, a Domino neglectam, hic quidem uſucapere eam propter conſcientiam prohibetur, ſed nullum rei vitium, quod ſucceſſorem comitetur, imprimit, quia nec poſſedit, nec furtum, quod cadit niſi in rem mobilem, commiſit; quæ omnia in *d. §. 2.* commemorantur. Porro quamdiu res ad uſucapiendum inhabiles retinent hanc naturam, vitium, aut hoc privilegium, manent æque incapaces uſucapionis. Et quidem incorporales, item ſacræ & religioſæ res, vix ullam conditionis mutationem recipiunt; ſed res dominicæ, fiſcales, civitatum, pupillorum, minorum, ſimilesque, ubi dominium mutaverint, uſucapionem, ut quælibet aliæ, recipiunt, *l. 24. §. 1. h. t.* Inter vitia quoque habetur, ſi quid Præſidi contra legem Juliam datum ſit, *l. pen. ad L. Jul. repet.* imo quælibet prohibitio alienandi lege, vel teſtamento facta, rem vitio afficit, ut ad uſucapionem inepta fiat, *l. 2. C. Pro empt. & l. 16. de Fund. dot.*

12. (l) Vitium autem rerum furtivarum & vi poſſeſſarum, purgari dicitur, quam primum juſta ratione in poteſtatem domini redierint: ideoque ſi tum denuo alienentur, uſucapio procedit, *§. 3. h. t.* In Domini autem manus, non utique in ejus, cui furtum eſt factum, reverti res debet. Ideo ſi creditori pignus ſit ſurreptum, purgatio vitii non contingit per reditum pignoris in manus creditoris, ſed potius debitoris, tanquam Domini, *l. 4. §. 6. h. t.* Niſi forte debitor ipſe pignus ſurripuerit; tunc enim placet vitium purgari, etiam ubi creditor rem recuperavit, juxta quam commode explicatur Paulus in *l. ult. de uſucap.* ſed an eo caſu vitium perinde purgetur, ſi debitor ipſe rem vendiderit, an vero ut furtivæ rei uſucapio interdicta ſit, merito dubites, propter *d. l. 4. §. 21. & l. 6. C. pro empt.* quarum illa affirmat, hæc negat uſucapionem procedere; neque apparet conciliandi ratio, niſi diſtinguas inter pignus & hypothecam. Debitor pignus a creditore poſſeſſum ſurripiens, idque vendens, uſucapiendi conditionem transfert, quia furtum rei non fecit, ſed poſſeſſionis duntaxat, quo res ipſa in vendendo affici non videtur; at debitor vendens hypothecam a ſe poſſeſſam, eo ipſo furti ſeſe alligat, & uſucapionem impedit, ut videtur, *l. 66. de Furt.*

13. (m) Ultimum Uſucapionis Requiſitum eſt, *Poſſeſſio continua*; definitionem Poſſeſſionis *ſupra in fine tit. de A. R. D.* habuimus, ſicut latiſſimo ſenſu accipitur, quatenus hæc appellatio ad uſufructuarios, colonos, commodatarios & depoſitarios extenditur, etiam ad eos, qui precario poſſident. Anguſtius poſſeſſio ſignificat rei detentionem cum animo ſibi habendi, quo ſenſu fructuarii, & qui modo collocati ſunt, non poſſidere, ſed tenere dicuntur, in *l. 9. de R. V. & l. 1. §. 8. Quod. Legat.* & eſſe in poſſeſſione, *§. 5. Inſt. de Interd.* Strictiſſime poſſeſſio ſumitur pro detentione cum animo domini, quæ vocatur poſſeſſio civilis, oppoſita naturali, quæ eſt absque opinione domini, *l. 25. de uſucap.* Atqui talis, ſcilicet civilis, in uſucapione neceſſaria eſt, idque, cum diximus bonam fidem adeſſe oportere, ſatis indicatum eſt. At requiſitum continuitatis expreſſius declarandum: nam ſi poſſeſſio fuerit interrupta, Uſucapio non procedit, quia hæc ejus naturæ eſt, ut ſine poſſeſſione nec conſtet ab initio, nec cum cœperit procedat, *l. 25. h. t. & l. 19. Ex quib. cauſ. maj.* Dicitur autem interruptio in Jure Uſurpatio; eaque duplex eſt, Naturalis, vel Civilis. Naturalis interruptio eſt, cum quis vi de poſſeſſione dejicitur, *l. 5. h. t.* Civilis fit per litis conteſtationem, *l. 10. C. de Acquir. Poſſ.* vel etiam per libelli oblationem, *l. pen. & ult. C. de Ann. except.* Ut igitur Uſucapio abſolvatur, poſſeſſor rem ſine judiciali controverſia per legitimum tempus detinere debet: Quod ſi vel in detentione turbetur, vel lis ei moveatur, poſſeſſio præterita nihil ad ſummam dominii prodeſt.

14. (n) Porro de translatione poſſeſſionis ab uno in alium, ſciendum eſt, eam non interrumpere uſucapionem, ſed tempus primi poſſeſſoris etiam prodeſſe ſucceſſori, tam univerſali quam particulari, modo tamen diſpari. Nam

(k) *Poſ. 16. 17. 18.* (l) *Poſ. 19.* (m) *Poſ. 20.* (n) *Poſ. 20.*

heres

Digitized by Google

heres in uſucapione a defuncto rite cœpta pergit indiſtincte, *licet ipſe ſciat prædium alienum eſſe*; quoniam hæc pro ſuperveniente ſcientia habetur, *§. 7. h. l. 43. h. t.* heres autem omnimodo defuncti vice fungitur, *l. 22. h. t.* Ideoque nihil conſideratur, quam an defunctus uſucapere potuerit; ſi ita, poteſt & heres; ſin, neque hic poteſt; etiamſi bonæ ſit fidei, ut ne quidem inchoare permittatur uſucapionem ex ſua perſona & fide bona, quia vitium defuncti, a quo res primum poſſeſſa fuit, obſtat heredi, qui illum repræſentat, ſiquidem non ſuccedit, *l. 11. de div. & temp. præſc. & l. 11. C. de acquir. poſſ.* Inter ſucceſſores particulares, ut emptores, venditores, donatarios, legatariosque tempora ſimiliter conjunguntur, quod conſtitutione Antonini effectum, *§. 8. h.* qua poſteriores eſſe videntur, *l. 14. h. t. l. 2. §. pen. pro empt. l. 14. de diverſ. præſcr.* ex quibus gratis Hotomannus *heic* probat, etiam ante Antoninum hanc conjunctionem in uſu fuiſſe, ut colligat inde, Auctoris bonam fidem prodeſſe etiam ſucceſſori particulari mala fide prædito; quod verum non eſt. Nam etſi inter particulares conjunctio fiat, tamen non ita fit, ut ſucceſſor auctorem per omnia repræſentet, quemadmodum heres defunctum, (rationem vide in *§. 11. I. de Teſtam. ord.*) ſed hi utuntur acceſſione temporis, quo primi, ſi bonam habuerint fidem, poſſederunt, ſi & ipſi hanc fidem bonam pariter adferant, *l. 2. §. 20. pro empt. l. 14. h. t. & l. 14. de diverſ. & temp. præſcr.* Quodſi primus poſſeſſor malæ fidei fuerit, manifeſtum eſt, non poſſe prædonis detentionem cuiquam ad uſucapionis effectum prodeſſe. Et ſi ille fidem bonam habuerit, mala autem ſucceſſor laboret, non poteſt hic continuare inchoatam capionem, quia fide caret, & perſona Anteceſſoris nihil ipſi præſtat, quia illum non repræſentabat, nec in virtutes ejus ſuccedere ſolet, *l. 2. §. 17. pro empt.* Verum alia parte, meliori quam heres conditione fruitur ſucceſſor particularis bonæ fidei; nam cum heredi, uſucapionis initium quoque interdicatur, ſi defunctus ſciverit rem alienam eſſe, ut dictum, Emptor ſane, vel donatarius, ex ſua perſona minime vetantur longo uſu capere, quod ignorant alienum fuiſſe, tametſi venditor & donator id fraudulenter celaverint. Nam quemadmodum illos in virtutibus non repræſentant, ita neque in vitiis eorum vices gerunt, *l. 5. de diverſ. præſcr.* quæ & generaliter & ſpecialiter de vitio donationis loquitur, quod hoc donatario non ſit impedimento, quo minus ex ſua perſona, modo fides adſit, uſucapiat; cui nobis obſtare non videtur *l. 4. §. 31. de doli & met. except.*

15. (o) Cæterum, uſucapionis jus cum ſit civile, tametſi fundamentum in Jure Gentium habeat, poteſt tamen a Lege ad utilitatem Reip. varie gubernari. Cujus rei ſpeciem habemus in *§. ult. h. t.* ubi multo facilius, quam per uſucapionem, domini jura ſuarum rerum amittunt. Nam ſi res tua, te inſcio, ad Fiſcum pervenerit, isque eam rem alienaverit, tu vindicare tuam rem a poſſeſſore non potes, (quod tamen olim licebat, *l. 13. §. 9. de hered. pet. & l. 41. de jur. fiſci.*) Sed quia a Fiſco emit citra uſucapionem, confeſtim ſecurus eſt, nec Domino quicquam reliquum eſt, quam actio de pretio adverſus Fiſcum intra quadriennium: Atqui hoc privilegium Juſtinianus etiam patrimonio Principis & Auguſtæ conceſſit, *d. §. ult. & l. ult. C. de Quadr. præſcr.* Eſt autem conſtitutio illa ſatis in ſe enormis, ut quæ non modo dominium tollit, ſed & duriorem adverſarium, qualis eſt princeps, objicit, quod iniquum, *l. 3. in pr. de alien. jud. mut.* Usque adeo tamen utilitatis publicæ intereſt, venditiones fiſcales prompte expediri, ut eo reſpectu hæc conſtitutio facile defendatur. Quod ſi dicas, fruſtra utilitatem publicam citari ad defenſionem iniquitatis, ſciendum eſt, quod in publicam utilitatem fit, id ex communi civium conſenſu fieri cenſeri. Proinde, cum ipſi malint privatos damno, quam Rempubl. incommodo affici, damnum tunc, quod privati patiuntur, iniquum non eſt erga volentes, quod injuſtum foret adverſus invitos, vel ejuſdem Reipublicæ vinculo non conjunctos. Pluribus, quid utilitas publica valeat præ ſingulorum commodis, vide luculenter diſſerentem Æneam Sylvium in *lib. de ort. & auct. S. R. I.*

TIT. VII.

De Donationibus.

Donatio, modus an cauſa dominii acquirendi, & an modus Juris Gent. an civilis. Definitio & Diviſio, & quid mortis cauſa Donatio. Differentiæ hujus ab Legato. Donatio inter vivos quid & quotuplex. Revocatio illius. De propter nuptias donatione.

(o) *Pof. 25.*

(a) Se-

(a) SEcunda inter modos acquirendi civiles, refertur a Juſtiniano DONATIO, de qua tamen dubitari poteſt, ſitne modus, an cauſa, ſeu titulus acquirendi Dominii. Sane cum non traditione duntaxat, ſed & conventione, uti mox videbimus, perficiatur, conſpicuum eſt, quatenus conventione abſolvitur, ita non eſſe modum acquirendi immediatum; quia tralatitium eſt, non pactis, ſed traditionibus, rerum dominia transferri, *l. 20. C. de pactis.* quatenus vero traditione fit, ita eſt *modus* quidem dominii transferendi, ſed non peculiaris: magis igitur eſt, ut *donatio*, qua talis, uti cauſa dominii conſideretur; Utrovis autem modo fiat donatio, certum eſt, genus ejus proprie non eſſe Contractum; non quando traditione fit, quia ex contractu obligatio naſcitur, quæ non oritur ex donatione ſtatim impleta, *l. 1. pr. de donat. & l. 3. §. 1. de O. & A.* Conventione autem facta Donatio parit quidem obligationem ad tradendum, *§. 2. I. h. t.* ſed proprie tamen contractus non eſt, quia nullum in ea negotium, nullum *συνάλλαγμα*, quod dici poſſit, geritur; ſed eſt beneficium & liberalitatis exercitio, quæ opponitur contractui ſive negotio geſto, *l. 14. de precario. l. 58. fin. pr. de donat. int. Vir. & Ux. & l. 43. §. 1. de admin. tut.* Nec aliam ob cauſam Juſtinianus hunc titulum potius heic, quam inter contractus collocavit, tametſi hoc reprehendat Balduinus *ad hunc §.* & tam ſubtile diſcrimen illud ſit, ut ob affinitatem donatio ſæpe juxta Contractus recenſeatur, *l. 7. C. de his, quæ vi met. l. 17. C. de fide inſtrum. l. 8. C. de præſcr. 30. vel 40. ann.*

SCHOLIUM.

Igitur donatio in genere melius definitur per actum, *Struv.* Exerc. 40. th. 2.

Jam, quia nemo dubitat, quin factum ſive negotium donandi, Gentium cunctarum commune ſit, atque traditio ſit etiam modus acquirendi Juris Gentium, *§. 40. I. de A. R. D.* nec de eo dubitari poteſt, utrum donatio ſit Modus adipiſcendi Juris Civilis, an Gentium. At ſcrupulum facit, quod hic donatio in ſerie acquiſitionum juris civilis recenſeatur; nec ſatisfacies, ſi dixeris, originem ejus ex Jure Gentium eſſe, formam ſpecialem ex jure civili; nam ſic dicere poſſes, traditionem quoque ex venditione, eſſe modum juris civilis, quia non pauca & in venditione ſpecialia jure civili reperta, conſtat: Proinde abſolute fatendum, donationem, quæ traditione inter vivos ſit, eſſe modum juris Gentium, ſed quod Juſtinianus eam in ordine civilium acquiſitionum referat, hoc donationem mortis cauſa, & propter nuptias, ſpectare. Tu dices, non apud Romanos ſolos mortis cauſa donatur, ſed & apud Græcos, ut exemplo Telemachi ex Odyſſea probat Imperator; & ubivis Gentium; nec inficiamur, quod ad factum & genus donandi: Sed heic conſideramus articulum momentumque & quaſi punctum acquirendi, quod Jure Romano tranſigitur immediata vi legis, ſine ullo facto hominis, ut donatarius confeſtim a morte donantis fiat Dominus, *l. 2. de Publ. in rem act.* ad exemplum legatorum, *l. 80. de Leg. 2.* quod procul dubio a ſimplicitate juris gentium alienum eſt. Præterea etſi apud alias quoque gentes propter nuptias donetur, tamen quæ jure noſtro prodita eſt, eam talem putamus, cui ſimilis alibi gentium nuſquam reperiatur, adeo ut toto genere nova videri poſſit, uti mox intelligetur.

2. (b) Cæterum, Donatio nihil eſt aliud quam liberalis rei in alium *collatio*. Dicamus ita potius quam *alienatio*, quomodo in *poſit. 1. h. t.* habetur; nam alienationis vocabulum non convenit donationi, quæ fit per conventionem, quia ſignificat translationem dominii, *l. 1. C. de fund. dot.* ut recte animadvertit *Scholiaſtes* noſter. Donationis duo ſunt genera, mortis cauſa, & non mortis cauſa, inquit Imper. *in pr. h. t.* Mortis cauſa donatio eſt, quæ propter mortis fit ſuſpicionem, ſive imminente periculo, ſive ob ſolam mortalitatis cogitationem, * *l. 2. & ſeqq. de donat. m. c.* Fit quidem utplurimum ita, ut res donata non niſi poſt mortem donatoris transferatur, quia proprium hujus donationis eſt, quod donator ſe rem malit habere, quam donatarium, ut Imperator verſiculis ex Homero probat, *hoc §. 1.* (c) Verum poteſt etiam ſic fieri, ut traditio confeſtim ſequatur, quod fieri ſolet, ubi de vita donator deſperat, *l. 2. de m. c. donat.* Qui ſi præter opinionem convaluerit, donatio ipſo jure reſcinditur, *§. 2. h. t.* ubi tres modi traduntur, quibus mortis cauſa donatio revocatur; primus, *ſi donator ſupervixerit*, ſive periculum, cujus reſpectu

* Donatio mortis cauſa omnium bonorum, Jure Saxon. El. inſinuatione judiciali opus habet, *P. 3. C. El. 1. §.* **Damit nun.**

(a) *Poſ. 12. 13.* (b) *Poſ. 4.* (c) *Poſ. 7.*

Digitized by Google

ſpectu donaverat, evaſerit; alter, ſi donatarius moriatur ante Donatorem; tertius, ſi donatorem pœnituerit; Quibus caſibus non modo retinere poteſt,quod nondum tradidit donator, (d) ſed etiam repetere, quod revera præſtitit; Duntaxat de genere actionis dubitatur, *l. 35. §. 3. de donat. m. c. & l. 29. eod.* & in *l. ſequent.* Caſſiani perſonalem dabant, & quidem condictionem ob cauſam dati, cauſa non ſecuta, *l. 35. §. 3. de donat. m. c.* Ulpianus putat defendi poſſe in Rem eſſe dandam, *l. 29. eod.* & in *l. ſequent.* utramque conjungit; Nimirum condictio fundatur in translatione Dominii, quæ per traditionem anticipata erat: at quia donatio hanc conditionem habebat, ut certis caſibus irrita eſſet, his exiſtentibus, dominium donatoris manſiſſe videtur; ut ita rem non directe, ſed utiliter vindicare poſſit, tanquam ſi dominium tacite ad ipſum redierit, vel nunquam diſceſſerit. Fundamentum tamen perſonalis actionis evidentius eſt, quia traditio illa procul dubio dominium tranſtulerat; Ideo Caſſiani fidentius ſtatuebant, ſe non dubitare,quin condictio daretur, *d. l. 35. §. 3.* Proculejani timidius, ſe putare in rem actionem poſſe defendi, *d. l. 29.* interim tamen condictionem quoque admittebant, in *l. 30.* Adeo autem revocandi facultas ineſt huic donationi, ut ſi quis præſenti mortis cogitatione ita donavit, ne ullo caſu revocetur, quanquam verbis tenus ſpeciem donationis mortis cauſa habeat, ac ita vocetur in *l. 13. §. 1. in fin. & l. 35. §. 4. de donat. m. c. it. Nov. 87.* vim tamen contineat donationis inter vivos, *l. 27. de donat. m. c.* vel potius mediæ cujusdam naturæ eſſe videatur; qua de re mox iterum.

3. (e) Hactenus igitur hæc Donatio ultimæ voluntati ſimilis eſt,quod pœnitentia, & morte ante teſtatorem extinguatur; quemadmodum in cæteris Legato per omnia comparatur, ut loquitur Cæſar in *§. 1. h. t.* Nam etiam quinque teſtes, ut omnes ultimæ voluntates, requirit, *l. ult. C. de donat.* detractionem Falcidiæ admittit, *l. 5. C. ad L. Falc.* recipit ſubſtitutionem, *l. 1. C. de Donat.* jus accreſcendi, *l. un. §. 14. C. de cad. toll.* cautionem Mutianam, *Nov. 32. c. 44. §. ult.* Denique & dominium, inſtar legati, immediate transfert, *l. 2. de publ. act.* At vero per plura & inſigniora diſcrepant. Et quidem ſumma differentia eſt, quod legatum ſit voluntas unius teſtatoris dominiumque legatario præſtet abſenti ac ignoranti, *l. 80. de leg. 2. & l. 64. de Furt. inf.* Sed donatio non dantis voluntate duntaxat, verum & acceptatione Donatarii perficitur,quod tam naturali rationi quam civili conſentaneum, ut docet Grotius *2. de J. B. & P. c. 11. §. 14.* Hinc abſenti non aliter res donata acquiritur, quam ſi præſens, vel per internuntium eam acceptarit, *l. 4. & l. 10. de donat.* Eaque communis interpretum & praxi confirmata doctrina eſt, teſte Sandio *lib. 5. deciſ. tit. 1. def. 1.* ubi Fabrum contra docentem ex *l. 35. §. 5. C. de donat.* refutat. Atque hic utriusque voluntatis concurſus non tantum inter vivos, ſed æque in mortis cauſa donatione requiritur, ut apparet ex *l. 8. §. 3. de bon. libert.* Hinc in *l. 38. h.* Marcellus, *nam mortis cauſa donatur*, inquit, *quo præſenti dat;* reſpectu ad id, quod plerumque fit, habito, cum ſane id in legato minime deſideretur. Id tamen ſciendum, donantis voluntatem ſemel declaratam durare; ideoque acceptationem poſt mortem ejus factam ſufficere ad acquirendum; At ſi donatarius moriatur priusquam acceptarit,certum eſt, heredem nihil habere petendum, *d. l. 10.* Grot. *ibid. d. §. 15.* Sunt & plura, in quibus hæc donatio actus inter vivos imitatur; ideo cum legatum in annos ſingulos regulariter ſit multiplex, ſecundum *l. 4. de ann. leg.* donatio mortis cauſa in annos ſingulos, ut ſtipulatio, eſt ſimplex *l. 35. §. ult. h. t.* Legatum non niſi poſt mortem perfectum eſt, ideoque tunc indigno auferri poteſt; *hac donatio conſenſu mutuo perficitur, neque poſt mortem ob indignitatem adimi poteſt*, *l. 5. §. 17. de his, quib. ut indign.* Filiusfamilias legare ne quidem Patris conſenſu poteſt, quia teſtandi incapax, ſed mortis cauſa donare, Patre annuente, non prohibetur, *l. 25. §. 1. h. t.* In legatario capacitas & tempore mortis, & aditæ hereditatis ſpectatur, *§. 4. Inſt. de hered. qual.* In hac donatione ſimpliciter tempore mortis, *l. 22. h. t.* Denique, Revocatio liberalitatis propter periculum ceſſans, de qua dictum, non obtinet in legatis; ſed in his expreſſa revocatione opus eſt, *tit. D. de adim. leg.*

4. (f) Sequitur donatio inter vivos, quæ ſine reſpectu ad caſum mortis celebratur, eſtque vel ſimplex, vel non ſimplex ſive relata. Simplex, quæ fit ex abſoluta liberalitate. Relata, quæ celebratur, ob reſpectum aliquem, quo ceſſante non fieret, ut eſt donatio remuneratoria, *l. 27. de Donat.* Propter nuptias, *§. 3. h.* atque ipſa mortis cauſa donatio, de qua dictum; Omnesque

(d) *Poſ. 11.* (e) *Poſ. 5. 6. & ſeqq.* (f) *Poſ. 13. 14. 15.*

adeo,

adeo, quæ ſub modo, die, vel conditione fiunt, *tit. C. de donat. quæ ſub mod.* Hæ omnes ſub genere donationis ſine ſcrupulo continentur, quia *χωρὶς ἀνάγκης, nullo jure cogente fiunt*, qui eſt character Donationis, *l. 29. eod.* Beneficium auctore Seneca, dicitur, *quod quis dedit, cum ei liceret & non dare.* Remuneratoria donatio dicitur quidem non mera, in *d. l. 27.* ſed hoc eſt, non ſimplex, non abſolutæ liberalitatis; neque enim placet eum textum accipere de præſtatione honorarii pro opera impenſa, ſed de liberali datione gratitudinis cauſa, ut ex verbis Reguli donatoris apparet. Modus porro Donationem perficiendi, eſt voluntas dantis, & acceptatio donatarii, ut modo dictum, id eſt mutuus conſenſus; qui vel traditione ſtatim confirmatur, vel in conventione ſubſiſtit, donec traditio ſequatur; Ad quam Donator etiam invitus compelli poteſt, non ſecus ac venditor ad rei venditæ traditionem, *§. 2. hic.* Id tamen ex ſuperioribus repetendum, ſi donator promiſerit, alter nondum acceptarit, locum eſſe pœnitentiæ, & promiſſionem *μονομερῶς* factam, poſſe revocari, quia nulla adhuc obligatio ex unius voluntate contracta eſt; quemadmodum etiam, ſi quis abſenti dixerit, ſe aliquid donare, vel remittere, nulla inde obligatio contrahitur, ne quidem ſi poſtmodum acceptetur, quando alter mutat voluntatem, ut ex re memini eſſe judicatum. Denique, cum olim ſola ſtipulatio donantem obligaret, ex Juſtiniani conſtitutione pactum etiam nudum eandem vim habet, *l. 35. §. ult. C. de Don.*

5. Porro idem Imperator inſinuationem in acta publica præcepit, (g) ſi donationes ſummam quingentorum ſolidorum * ſive aureorum excederent, *l. penult. §. ult. C. eod.* qua omiſſa, quod excedit definitam ſummam, id tanquam vitioſum præciditur, & ſoli præſtantur quingenti, *l. 34. eod. Nov. 162. c. 1. §. ult.* Alias prohibita non eſt Donatio, quantumvis omnium bonorum, tam futurorum, ut videtur, quam præſentium, *l. 35. §. 4. eod.* modo liberis, ſi quos habet donator, legitima relinquatur, *l. 5. C. de inoff. donat.* Attamen ſimpliciter facta Donatio omnium bonorum, non præſumitur futura complecti, *arg. l. 7. de aur. & arg. leg. l. 22. de donat.* Nec quiſquam alterius hereditatem viventis donare poteſt, quod eſt *feſtinare adverſus bonos mores & jus Gentium*, ut eleganter ait Papinianus in *l. 29. §. f. de donat.* Bartolus tamen & communior Dd. conſenſus donationem omnium bonorum præſentium & futurorum, ut inſanam & contra bonos mores factam, improbat nec valere cenſet, teſte Schneidewino *hic n. 86. & 88.* Fachin. *6. controv. 87.* niſi donator uſumfr. retinuerit, Fachin. *d. l. 6. c. 89.* ſed præſentium duntaxat bonorum donationem concedunt, vide Fabr. in *ſuo Cod. l. 4. lib. 22. tit. 5. n. 13. & 14.* Clarum *§. Donatio p. 19.* Brouchorſt. *cent. 3. aſſert. 71.* Tamen ut abſit omnis ſuſpicio fraudis, recte a Juſtiniano conſtitutum eſt, enormes Donationes uti actis inſinuarentur. Cui tamen legi non niſi donationes abſolutæ ſubjacent; non igitur remuneratoriæ, non mortis cauſa, non propter nuptias, redemptionem captivorum, reſtitutionem ædium incenſarum, neque Principi vel a Principe factæ, *d. l. 34. l. pen. pr. §. 1. & 2. C. eod.* Donatio autem piis locis facta, ſi excedat 500. ſolidos, legi eſt ſubjecta, *l. 19. C. de SS. Eccl.* nec ulla cauſa eſt, cur Donatio per jusjurandum firmata, abſque inſinuatione ſubſiſtat, ut tradit Gail. *2. obſ. 39.*

6. Donare autem poſſunt omnes, qui rerum ſuarum dominium atque adminiſtrationem habent, niſi quod is, qui crimen capitale admiſit, tametſi adminiſtrationem rerum ſuarum retineat, *l. 46. §. 6. de jur. fiſc.* donare tamen cum effectu nequeat, ſed poſt condemnationem donatio revocetur, *l. 15. de Donat.* tanquam in fraudem fiſci & *ſuſpicione pœnæ* facta, ut loquitur Ulpianus in *l. 7. de Donat. m. c.* quæ ratio indicare videtur, poſtquam bona publicari deſierunt, quod donatio amplius non revocetur, *arg. Auth. bona damnatorum. C. de bon. proſcript. ex Nov. 134. c. ult.* Cæterum, mortis cauſa donationes ſtrictius olim reis capitalibus interdictæ fuerunt quam inter vivos, ſiquidem illæ etiam ante crimen factæ, ſecuta damnatione, reſcindebantur, *l. 7. de donat. m. c.* exemplo ultimarum voluntatum, *l. 8. 1. Qui teſtam. fac. poſſ.* Quod an perinde per *d. Nov. 134.* mutatum ſit, alibi diſputandum. Præterea Pater filiofamilias fruſtra donat, *l. 1. Pro donato.* quoniam ipſe ſibi donare videtur, propter vinculum patriæ poteſtatis, *l.*

* Id eſt in Saxonia aureorum ſeu ducatorum *p. 1. C. El. 14.* §. **So aber.** Cæterum Jus Sax. hic adeo Juris Civilis diſpoſitionem ſequitur, ut Gerada quoque, ſi 500 aureos excedat, coram Notario & teſtibus donari nequeat, *d. C.* ibique Carpz. *D. 16. conſ. dicta ad tit. 20. L. 1. §. f.*

(g) *Poſ. 16. 17. 18. 19. 20. 21.*

ult. C. de impub. ſubſt. quo ſoluto, quo minus Pater filio donet, nihil vetat, adeo quidem, ut morte patris donatio confirmetur, atque inde ab initio valuiſſe exiſtimetur, *l. 25. C. de Donat. inter Vir. & Vx.* cum olim non niſi ſcriptura ultimæ voluntatis firmari poſſet, *l. 16. de Donat. l. 5. C. eod.* In militiam tamen proficiſcenti filio, Pater recte donare dicitur, *l. 4. C. famil. erciſc.* item propter bene merita, ſuſtineri Patris remunerationem erga filium, communis eſt ſententia Dd. teſte Gail. *2. obſ. 38.* Fachin. *3. controv. 74.* De conjugum prohibitis donationibus eſt tit. in *Pandectis.*

7. (h) 5. Porro, quia Donatio mortis cauſa fit hac mente, ut donator ſe rem habere malit quam donatarium, ſed inter vivos ex abſoluta liberalitate; ideo hæc eſt irrevocabilis, ut nec morte, nec pœnitentia reſcindi queat: Niſi quod Donatio habitationis, morte Donatoris ſemper finiatur, quod eſt admodum ſpeciale, *l. 32. h. t.* quanquam ſecus in Donatione remuneratoria obſervetur, *l. 27. de donat.* Præterea proditæ ſunt legibus certæ ingratitudinis cauſæ, quarum unam ſi donatarius commiſerit, everti donationem Imperator concedit, *l. ult. C. de revoc. donat.* Species autem hujus ingratitudinis, ob quam donatio revocatur, ſunt hæ; Nempe, ſi atroces injurias in donatorem effundat, vel manus impias inferat, vel grave damnum ſubſtantiæ ejus imponat, vel vitæ aliquod periculum ei intulerit, denique ſi conditiones liberalitati adjectas implere noluerit, *d. l. ult.* Præter quas an admittendæ ſint aliæ graviores, vel aperte ſimiles, diſputant Interpp. ſed affirmativa communis ac probabilior ſententia eſt, ut videbimus, ubi hanc quæſtionem de cauſis exheredationis tractabimus: Neque alienum a ratione eſt, inter pares cauſas referri & hanc, quod donatarius omnium bonorum, alimenta donatori ad inopiam redacto negaverit: Confer *l. 8. de Decurion.* Motz. *cap. ult. de donat. num. 59.* idque communiſſime receptum eſſe, teſtatur Bachov. *vol. 2. ad Tr. diſp. 19. th. 7.* Eſt adhuc alia revocandæ donationis cauſa, ſcil. ſupervenientia liberorum, quæ traditur in *l. 8. C. de revoc. donat.* ſed ibi tantum in perſona patroni, qui liberto donaverit, memoratur, in quo ſpecialis eſt ratio, ſi quidem is patrono ob inæſtimabile beneficium libertatis obſtrictior eſt. Ideoque ex mente illius textus, nativitas liberorum poſt factam donationem, non eſt cauſa generalis revocandi donationes. Sed in praxi aliter receptum eſſe, ex communi Dd. ſententia tradit Mynſing. *cent. 5. c. 65.* neque id tam invita ratione, quam verbis legis fieri, argumento ſunt *l. 101. de C. & D. l. 30. C. de fideic.* nimirum ſi donatio ſit omnium, vel magnæ partis bonorum. Fachin. *3. contr. cap. 88.*

8. (i) Præterea inter perſonas, quibus interdictum eſt donationibus, de quibus ſupra, ſunt etiam Conjuges; ita, ut ipſo jure nihil valeat quod actum eſt, *l. 3. §. 10. de Donat. inter Vir. & Ux.* Sed licita eſt ea, quæ propter nuptias dicitur, de qua Imperator agit in *§. 3. h. t.* & veteribus JCtis incognitam fuiſſe memorat; Donationes equidem inter ſponſum ſponſamque, ſatis notæ & uſitatæ jam olim erant, ut apparet ex *l. 1. §. 1. de Donat. l. 8. & ſeqq. C. de Donat. ante nupt.* Sed hæc eſt conſtitutio pecuniæ, qua mulieri præſtatur ſecuritas & quaſi repræſentatio dotis, ut ſi de hac periclitetur, vice aliquid dotis diſſipatæ habeat: itemque ut quibus caſibus dotem vir lucratur, iiſdem uxor donationem propter nuptias retineat, *Nov. 61. c. 2. pr. & §. 1. Nov. 91. cap. 2. N. 97. c. 1.* quæ alioqui, ſoluto matrimonio, regulariter ad maritum, quemadmodum dos ad mulierem, revertitur, *l. ult. C. de don. ante nupt.* Conveniunt etiam in his, quod dos & donatio ejusdem quantitatis, ac quoad pacta aliasque conditiones ejusdem qualitatis eſſe debeant, ne, ſi donatio præ dote excellat, in ſpeciem abſolutæ liberalitatis incidat, quam inter virum & uxorem prohibitam eſſe, modo diximus, *l. pen. C. de Donat. ante nupt. & Nov. 97.* Non tamen idem juris mulier in donatione propter nuptias, quod vir in dote exercet; Nam quia hæc pro ſuſtinendis oneribus matrimonii datur, quæ mulieri nullæ incumbunt, conſentaneum eſt, eam nec fructus rerum donatarum percipere, quod nec usquam legitur; (Nam *Nov. 22. c. 23.* de uſufructu dato loquitur,) & ſi fieret, dos viro penitus foret inutilis, ſi quantum ex dote perciperet, tantum ex donatione amitteret; imo nec dominium, nec poſſeſſionem ad eam tranſire, ſtatuit Clariſſ. D. Wiſſenb. diſp. ad *inſt. 14. th. 16.* ex Bachovio 2. *ad Tr. diſp. 19. th. 8. lit. 8.* Quod ſi verum eſt, quare hæc Donatio appelletur, nullus video; præterquam quod vindicare mulieri res donatas ut proprias permittitur, *l. 29. C. de jur. dot.* quam jus Dominii arguere, tralatitium eſt. Reſponſio ad hoc, & rationes in contrarium, quas pro-

(h) *Poſ. 30. 31.* (i) *Poſ. 26. 27. 28. 29.*

fert

fert *d. loco* Bachovius, oppido parvi ſunt momenti. Ideoque & tradi res donatas, & dominium transferri, ſed adminiſtrationem atque emolumentum penes maritum eſſe, ex *d. l. 29. & Nov. 61. c. 1. aliiſque textibus* exiſtimaverim. Niſi donationem ſola conventione perfectam, per quam res non traditæ, ſed mulieri aſſignatæ, & quaſi cautæ ſint, intelligendam putemus. Quod de jure accreſcendi circa ſervum communem manumiſſum, traditur ab Imperatore *in §. ult.* non eſt operæ pretium in loco alieno commemorare. Tu, vide ſis in textu.

TIT. VIII.

Quibus alienare licet vel non.

Quid ſit alienatio. Fundum dotalem a viro non poſſe alienari, licet Dominus ſit. De pignoris diſtractione. Et de alienatione pupilli.

(a) PErfecta diſpoſitio, quæ dominis de re propria competit, nulla in re clarius perſpicitur, quam in poteſtate alienandi. Unde Ariſtoteles *lib. 1. Rhet. cap. 5.* ὅρος τοῦ οἰκεῖον εἶναι, inquit, ὅταν ἐφ᾽ αὐτῷ ἀπαλλοτριωθῆναι, *Definitio Dominii eſt, ubi penes nos eſt alienandi poteſtas.* Hinc & in jure noſtro Alienatio definitur, *omnis actus, per quem dominium transfertur, l. 1. ſ. C. de fundo dot.* unde notiſſima regula, quemque rei ſuæ liberum eſſe moderatorem atque arbitrum, *l. 21. C. Mand.* nihil tam naturale eſſe, quam voluntatem domini, rem ſuam in alium transferentis, eſſe ratam, *§. 40. ſupra de A. R. D.* cui regulæ ex adverſo alia reſpondet; Eum, qui non eſt Dominus, alienandi poteſtatem non habere. Sed revocanda in memoriam limitatio, quam pridem in definitione dominii perfectæ diſpoſitioni de re ſua addimus; *niſi lex vel conventio obſiſtat.* Sæpe enim accidit, ut alienandi facultatem non habeat is, penes quem eſt dominium, & contra, ut qui non eſt Dominus, alienare poſſit, cujusmodi exceptiones, (παράδοξα θέματα, ait *Theophilus*) in hoc capite tractantur. Nos hujus regulæ, *Qui non eſt dominus, non poteſt alienare*, primo dabimus exceptionem, quam Juſtinianus ſecundo loco refert, ordine ſic poſtulante. Eſt autem hæc;

2. (b) Creditor, etſi Dominus pignoris non ſit, tamen hoc alienare poteſt; non modo ſi convenerit ita cum debitore, (quo caſu debitor ipſe magis alienare videtur,) ſed etiamſi nihil convenerit, modo antea denuncietur, ut ſolvat debitori, *l. 4. C. de diſtr. pign.* imo etſi debitor ſit pactus, ne alienare liceat, adhuc tamen creditori alienatio permittitur, ſi prius ter denunciaverit debitori, ut ſolveret, atque ceſſaverit, *l. 4. de pignor. act.* Nam ſi, deficiente ſolutione, pignus nunquam vendere liceret, ſcopus pignorationis, qui eſt, ut creditori ſatisfiat, penitus ceſſaret. Cæterum, Juſtinianus novum præſcripſit modum, in executione crediti & pignore alienando, *l. ult. C. de jure dom. imp.* Nempe, ſi quid pacto convenerit, ſine dubio id ſervandum, *d. l. 3. §. 1.* Si nihil conventum, poſt denunciationem, vel ſententiam de ſolvendo, permittitur diſtractio, quam non aliter debitor impedire poteſt, quam integra ſorte cum uſuris oblata, *l. ult. C. debit. pign. imped. non poſſ.* Quod ſi res emptorem non invenerit pretio tolerabili, ſit iterum denunciatio, vel abſenti judex terminum præfiget, intra quem ſolvat. Cui ſi non pareat, Creditor dominium a Principe impetrabit, quod tamen debitori intra biennium luere, ſolutione oblata, conceditur, *§. 2. & 3. d. l. 3.*

3. (c) Altera regula, quod *dominus alienare poſſit*, habet plures exceptiones; & quia locus hic incidit in articulum *de prohibita alienatione*, qui magni uſus eſt, placet heic parumper ab ordine Cæſaris digredi. Adeoque ſic habetote. Prohibitio alienandi eſt vel publica, vel privata. Publica vel immediate ex lege fit, vel interveniente Magiſtratus decreto. Priore modo propter rationes perſonales, aut reales. Ratione perſonali prohibentur alienare pupilli, de quibus Imperator agit in *§. ult. h. t.*

4. (d) Scilicet pupilli, quamvis rerum ſuarum Domini, nullam rem ſine tutoris auctoritate alienare poſſunt. Cujus rei exemplum Imperator proponit in mutua pecunia, quam ſi ſolus alii dederit, *non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis,* habet textus *in pr. §. ult. h.* cui conſequens eſt, eum vindicare poſſe nummos adhuc extantes, ſive apud ipſum debitorem, vel apud tertium, ut indicatur illis

(a) *Poſ. 1. 2.* (b) *Poſ. 3. 4.* (c) *Poſ. 5.* (d) *Poſ. 6.*

verbis, *ſicubi extet.* Conſumptis nummis, diſtinguitur, utrum bona fide conſumptio facta ſit ab eo, qui dantem eſſe pupillum ignorabat, an mala. Si bona fide, reſponſum eſt, convaleſcere mutuum ex conſumptione, ideoque naſci condictionem certi, quæ eſt ordinaria mutui actio, *l. 19. §. 1. de reb. cred.* (e) Ex eo autem, quod pupillus alienare nequit, non modo ſequitur; non recte ei ſine tutoris auctoritate ſolvi, ſed nec debitorem ſolutione ita facta liberari, ut ratiocinatur Paulus in *l. 15. de ſolut.* quemadmodum & Gajus in *l. 28. pr. de Pactis*, inde colligit, nec paciſcendo pupillum remittere poſſe debitum, ne quidem ad tempus. Juſtinianus id latius proſequitur in *d. §. ult. verſ. Ideoque.* ubi addit epitomen conſtitutionis ſuæ ad Cæſarienſes advocatos, quæ creditur eſſe *l. 25. C. de adminiſt. tut.* ei ſane non diſſimilis, qua, ut debitor minori aut pupillo ſecure ſolvat, præceptum Judicis requiritur, *niſi quid ex reditu vel penſione ſolvatur, vel uſuris non excedentibus centum ſolidos, aut biennii metas*, ut habetur in *l. 27. d. t.* cujusmodi ſolutiones ordinaria auctoritate peragi poſſunt. Contra præſcriptum legis ſolutio facta, ſiquidem tutoris vel curatoris auctoritas interceſſerit, valet quidem ipſo jure, & effectum liberationis debitori tribuit, ſed pecunia forte in rem pupilli non verſa, impetrari poteſt reſtitutio in integrum, *l. 1. C. ſi adverſ. ſolut. l. 2. C. ſi tutor.* quæ nec hodie competit, nec olim adhibito judicis decreto dabatur, *l. 7. §. 2. in fin. de minor.* At ſi pupillo aut minori curatorem habenti, ſolutio ſoli ſit facta, pro non facta habetur; Ideoque debitor adhuc manet obligatus, ut pecuniam tamen extantem vindicare liceat, aut condicere; quatenus minor aut pupillus inde locupletior eſt factus, vel iisdem caſibus petentem ex obligatione, doli mali exceptione repellet, *ut in citatis textibus eſt ſcriptum.* Quod ſi penes pupillum nihil ex ea pecunia, vel occaſione ejus comparatum, ſuperſit, debitor *ἀμάχως καταδικάζεται, omnino condemnatur;* etſi adoleſcentes pecuniam malo ſtudio in ganeis & luſtris prodegerint, *ἀσώτως*, ut ait Theophilus. Habet enim quod ſibi debitor imputet, præſcripta legum non ſecutus. Jam illud per ſe conſtare poteſt, quod (f) habetur *in fin. h. tit.* pupillum non recte quod debet ſolvere, quoniam id alienare eſt, proinde nec ſolventem liberari, neque nummos accipientis fieri, ſed vindicandos, niſi fuerint conſumpti; quo caſu, ut de mutuo ſupra intelleximus, ſolutio convaleſcit, & pupillus ab obligatione liberatur, *l. 14. §. ult. de Solut.* idemque, ſed latius, eſt in *l. 19. §. 1. de reb. cred.* neque diſtinguitur hic, utrum creditor ſit locupletior vel non, ſed etſi pecunia caſu fortuito perierit, pupillum tamen vel minorem liberari, verius videtur, ut contra Donellum recte cum Doctoribus defendit D. Vinnius, *ad hunc §.* cujus rationibus addi poteſt, creditorem ſibi imputandum habere, quod ab eo pecuniam acceperit, quem jus dandi non habere cognoſceret. Quæ de pupillis ex Imperatore commemorata ſunt, hæc ipſa de minoribus & omnibus, qui ſub cura ſunt, accipienda eſſe, docent textus *in l. 3. C. de in int. reſtit. min. l. 5. l. 40. de R. J. & l. 65. §. 3. ad SC. Trebell.*

5. Reſpectu reali non poſſunt alienari res exemptæ commercio, ut ſacræ, ſanctæ, religioſæ, liberi homines, publicæ, nominatim res dominicæ, vulgo *domania*, Res litigioſæ, denique Dotales. De his omnibus heic agere non eſt conſultum, & occaſiones aliæ dabuntur. Sed de rebus dotalibus agit Imperator *in pr. h. t.*

6. (g) Scilicet, donationem propter nuptias uxori a marito in vicem dotis dari, *ſuperiore titulo* intelleximus. Dos autem, nihil eſt quam *Pecunia data marito ad ſuſtinenda onera matrimonii, l. 56. §. 1. D. & l. 20. C. de jure dot.* Pecuniæ vox generaliter in definitione, ut in *l. 5. de V. S.* accipitur, pro cunctis rebus tam mobilibus quam immobilibus. Et rerum quidem mobilium ſine dubio vir ſit dominus. * Etiam immobilium æſtimatarum, quas proinde pro lubitu

* Quin horum, ut & rerum immobilium æſtimatarum venditionis gratia, dominium maritis in Saxon. competat, nemo dubitat. Dominium autem mariti Civile, ex legum ſubtilitate introductum, *6. Aut. h. §. 7.* in rebus immobilibus num etiam apud Saxones locum habeat, ſunt qui dubitent. Unde Zieglerus *ad Ordin. Proc. Sax. t. 7. verb.* der Mann wegen ſeines Eheweibes. & Nicol. *ad Proc. p. 1. c. 7. n. 39.* maritum in dotalibus non niſi cum cautione rati agere vel excipere poſſe, ſtatuunt. Verius tamen eſt, etiam hoc dominium Civile apud Saxones haud ſublatum eſſe. Unde cautio, quam *d. §. O. P. S.* a marito exigit, ad bona uxoris receptitia ſimiliave merito reſtringitur, aut ad caſum, ſi maritus non ſuo, ſed defenſorio nomine uxoris agat, excipiatve. vid. Menck. *Diſp. ad Proc. V. ad Tit. VII. th. 10.*

(e) *Poſ. 7. 8.* (f) *Poſ. 9. 10.* (g) *Poſ. 11. 12. 13. 14.*

alie-

alienare poteſt, *l. 10. §. 4. D. l. 3. l. 5. & l. 10. C. de jure dot.* ut & res mobiles indiſtincte, *l. 3. §. 2. de ſuis & legit. hered. l. 3. C. de jur. dot. Auth. ſive a me. C. ad Sc. Vellej. l. 21. de Manumiſſ. & l. 1. C. de ſerv. pig. dat.* Quo minus autem res inæſtimatas maritus æque alienare poſſit, Lex Julia ab Auguſto lata impedimento eſt, per quam cautum fuit, ne fundum Italicum dotalem maritus, invita uxore, alienaret, neve conſentiente ea obligaret, Paulus *2. ſent. 24.* Strictius, ut videmus, interdicta fuit obligatio, quam alienatio; Cujus rei eadem ratio eſt, ac in SCto Vellejano, quod mulieribus pro aliis ſe obligantibus ſuccurrit, *l. 4. §. 1. ad SC. Vell.* Nimirum, quia faciles ſunt mulieres, & imprudentes quidem, ſed tenaces, haud temere donantes reprehendas, quia id raro faciunt, *l. 16. C. de donat. ant. nupt.* Sed cum in præſenti nihil expendunt, facile exorari ſe patiuntur, ut res ſuas obligent, neque ita valent prudentia, ut vim oraculi Delphici percipiant, *ἐγγύα πάρα δ' ἄτη*, ſenſu potius jacturæ præſentis, quam providentia futuræ moventur. Juſtinianus tandem, teneritudine ſua erga mollem ſexum motus, ne volente quidem uxore, vendi fundum dotalem permiſit, *l. un. §. 15. C. de rei ux. act. & pr. h. t.* ita, ut non modo omnes tituli, quibus dominium transfertur, quos inter diviſio, transactio, compromiſſum, permutatio; ſed & oppignoratio, & ſervitutis impoſitio, ſub alienatione prohibita contineantur, *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* (h) Moribus hodiernis, cum jura dotium vix frequententur, hanc quoque prohibitionem ſuperfluam eſſe conſequitur. In Friſia quamvis Dotes ejusque privilegia ſuperſint, teſte Sandio *l. 2. tit. 2. def. 2.* vir tamen & uxor pariter alienare dotalia non prohibentur, * *d. l. 2. tit. 4. def. 2.*

7. (i) Cæterum prohibita alienatio fundi Dotalis, certiſſimo argumento eſt, maritum eſſe revera Dominum fundi dotalis; quia alioquin inepta foret exceptio hæc a regula, Dominus alienare poteſt; Excipe maritum. *h. pr.* Sed & dominium ei tot locis aſſeritur, ut nihil clarius, *l. 13. §. 2. de fundo dot. l. 7. §. 3. de jur. dot. l. 23. C. eod. l. 47. §. ult. de pecul. & l. 21. §. 4. Ad municip.* Et quidem expreſſe ipſarum rerum dotalium, *d. l. 23. & l. 7. §. 3.* unde refellitur Vulteji diſtinctio inter dominium juris dotalis & rerum dotalium, *diſcept. ſcholaſt. cap. 19.* quam feliciter confutat M. Lyclama *7. membr. 26.* Juſtinianus quoque inter cauſas Dominii jure Gentium acquirendi, Dotem expreſſe refert *§. 40. I. de A. R. D.* Quod repetit Theophilus diſertius ad hoc *princ.* *Καὶ διὰ τῆς τραδιτζίονος δεσπότην αὐτὸν ἐποίησε τῆς πάσης προικὸς, mulier per traditionem fecit eum totius Dotis dominum*; non igitur rerum duntaxat æſtimatarum, ut alioqui, inter quos Donell. *14. comm. 4.* contra claros textus, qui indiſtincte loquuntur, volunt. Quin ipſius fundi, quem Lex Julia vetat alienari, quemque inæſtimatum intelligi, nota res eſt, Dominus & præſupponitur maritus eſſe, fruſtra alioqui excipiendus, & diſerte appellatur *l. 13. §. 2. de fund. dot.* Præterea ex eo, quod dos eſt cauſa acquirendi jure Gentium, refutantur, qui maritum juris ſubtilitate duntaxat Dominum fieri, uxorem revera & cum effectu pro Domina, durante etiamnum matrimonio, habendam eſſe tradunt, velut Duarenus ad *tit. D. ſol. matrim.* pariterque ſimilis diſtinctio, maritum habere bonitarium, uxorem dominium Quiritarium; Cives enim Romanos in rebus mancipi notum & certum eſt, aliud quam Quiritarium habere non potuiſſe: idemque docent tot neceſſarii effectus ſolis dominis convenientes; primo, quod vir fundum dotalem vindicare poſſit, *l. 9. C. de R. V. l. 24. π. Rer. amot.* quæ ratio validior ex eo fit, quod mulier perſonalem duntaxat actionem ad recuperandam dotem habuerit, priusquam Juſtinianus in Rem ei daret, *l. 30. C. de jur. dot.* Dein, Maritus fundum alienum in dotem accipiens, uſucapiendi conditionem aſſequitur, *l. 1. pro dot.* ſed non poſſe idoneam uſucapionis cauſam eſſe, niſi & habilis ſit eadem dominio acquirendo, dictum ſupra, & liquet ex *l. 74. in f. de contrah. empt.* Præterea, Maritus dominium fundi ſervientis dotali prædio nactus, ſervitutem amittit, *l. 7. de fundo dot.* Unde æque fortiter dominium evincitur per *l. 1. Quib. mod. ſervit. amitt.* Uſuifructui vero, cui

* *Deciſio El. 24.* alienationem rei immobilis, a marito conſentiente uxore factam, validam declarat, marito tamen jus & ſpem ſuccedendi in pecuniam ex alienatione hac redactam denegat, niſi alius quoque Curator contractui fuerit adhibitus. Imo licet *d. Deciſio* id expreſſe haud exigat, videas tamen Dd. Juris Saxonici ad alienationem rei dotalis immobilis præciſe alius Curatoris conſenſum deſiderare. *a. LR. L. 1. a. 31.* Phil. *ad d. Dec. Obſ. 5. n. 10.* Carpz. *p. 2. C. 15. d. 21. n. 7.* conf. quæ diximus ad *L. 1. t. 13. §. 2.*

(h) *Poſ. 17.* (i) *Poſ. 16.*

alii

Digitized by Google

alii comparant dotem, hæc & id genus alia nequaquam, ſed vero tantum ſolidoque dominio conveniunt. Objectiones ad *ff. tit. de Fund. dot.* aut in Digreſſionibus removebuntur.

8. (k) Atque hæ ſunt prohibitiones, quæ immediate *a Lege* perpetrantur. Interveniente Magiſtratus decreto, alienari prohibentur res pupillorum atque minorum, urgente neceſſitate, ſecus minime; ſed hac de re caput proprium *in ff.* De privata alienandi prohibitione non agit in *hoc tit.* Juſtinianus; ſatisfaciamus paucis diviſioni propoſitæ. Privata prohibitio fit vel conventione, vel Teſtamento, diſpari effectu, reſpective. Nam quæ conventione juxta traditionem facta eſt, valet equidem, ita ut pacta atque contractus valere poſſunt, *l. 48. de pact.* nempe, ut adverſus eum, qui non ſtetit pactis, agatur in id quod intereſt, *l. 135. §. 3. de V. O. l. 3. C. de Condict. ob cauſ. dat.* Sed quemadmodum pactis & ſtipulationibus Dominia rerum non transferuntur, ita nec res illis ita adficiuntur, ut dominia per conventiones impediantur transferri, *l. 20. C. de Pact.* etſi de Pacto, quo creditor a debitore paciſcitur, ne pignus ab ipſo alienetur, ſecus eſt ſcriptum in *l. 7. §. 2. de Diſtract. pign.* Cæterum, Teſtamentaria prohibitio plus valoris a legibus accepit: Nam ſi alienatio adverſus præceptum teſtamento factum ſit commiſſa, cui jus inde comparatum eſt, ſive is, in cujus gratiam conſtat eſſe factam prohibitionem, habet in rem actionem, quæ dominii argumentum eſt, *l. 23. in pr. de R. V.* habet, inquam, in rem actionem, *l. 69. §. 3. de Legat. 2.* juncta *l. 1. Comm. de leg. & fideic.* quæ non competeret, ſi dominium, alienatione contra teſtamentum facta, translatum fuiſſet; ſed latior hujus rei explicatio pertinet ad caput *de Fideicommiſſis.* Hoc unum tacite non eſt prætereundum; ſæpe fieri prohibitiones in teſtamentis ſine deſignatione perſonarum, quibus Teſtator velit conſultum. Tales etſi diſertiſſimæ, nihil operantur; non quod heres parere non debeat, ſed quod nemo inde jus agendi acquirat, ſi contra factum ſit, qua de re vide *l. 114. §. 14. de legat. 1. & l. 93. in pr. de legat. 3.*

TIT. IX.

Per quas perſonas cuique acquiritur.

Jure Rom. aliis per alios acquiri non poſſe, niſi per ſervos & filiosfam. Peculiorum origo. Eorundem diſtinctio. Jus Patris in Filium emancipatum. De acquiſitione per ſervos. Quatenus per liberas perſonas acquiratur.

(a) QUanquam a ſimplicitate juris Naturæ & Gentium non abhorret, dominia & obligationes per alias acquirere perſonas, præcedente, vel ſecuta voluntate noſtra, juris civilis tamen ea eſt ratio, ut, niſi caſibus certis, de quibus in *hoc titulo* agitur, id non procedat. Obligationes non poſſe per alium acquiri, notum eſt ex *l. 73. §. ult. de R. J.* & videbimus ad *§. 28. I. de inutil. ſtipulat.* Ratio, quæ ibi redditur, quia obligationes ſunt inventæ, ut unusquisque adipiſcatur, quod ſua, non alterius intereſt, etiam Dominii quærendi modis applicari poteſt: Nam & obligationes ſunt cauſæ Dominii, atque alium fieri Dominum, noſtra nihil intereſſe videtur; utique ſi de pecuniaria utilitate, quæ in foro conſideratur, loquamur. Nam aliter in ſocietate hominum multa evenire poſſunt, ut non minoris amicum, quam nos ipſos, locupletari æſtimemus, quod humanitati maxime eſt conſentaneum. Proinde non eſt juris naturæ illa ratio, tametſi nec evertat jus Naturæ, ut recte probat T. Faber *diſp. anniv. 18. th. ult.* ſed mere poſitiva & civilis; cui ex antiquitate addendum videtur, Dominium per actus juris Quiritium non transferri, niſi per mancipationem, aut in jure ceſſionem, quarum neutra ſine præſentia ipſius acquirentis peragi potuiſſe, conſtat ex Ulpiano *tit. 19.* uti nec cretio hereditatis per alium fieri poterat, *l. 77. de R. J.* Hinc ſero admodum eſt receptum, ut actiones per miniſtros inferre, vel ſuſcipere liceret, quod in *tit. Inſt. Per quos agere poſſumus.* traditur, cum olim non liceret, niſi cum litigantes prorſus inhabiles ad perſonales functiones erant, ut populus, pupilli, ſervi. Ita nec Dominium per alios acquiri potuit, quam qui plane dominii incapaces erant, ut ſervi & filiiſam. Utrique enim non modo quod ad corpora, ſed res etiam ac bona, erant in poteſtate &

(k) *Poſ. 18. 19. 20.* (a) *Poſ. 1.*

ditione aliorum, non modo ſervi, inquam, ſed & filii reſpectu Patrum, ut Dionyſius Halicarn. *lib. 8.* teſtatur; ubi probaturus, falſum eſſe, quod Caſſius a Patre ob affectatam tyrannidem ſupplicio affectus fuerit, oſtendit, eum prorſus non fuiſſe filiumfamilias, ex eo, quod bona ejus publicata tradantur: At, inquit, filiusfam. nihil bonorum, nihil proprium habere poterat. Quare ſi quid in filium, vel ſervum transferretur, cum acquiſitio in ipſorum perſonis conſiſtere non poſſet, neceſſario dominium patri, vel hero cedebat. Hinc Imperator *in princ. hic* acquiri nobis non ſolum per noſmet ipſos, ſed & per eos, quos in poteſtate habemus, ſcribit; olim quidem indiſtincte tam per liberos quam ſervos, donec in liberis peculiorum diſcrimen receptum eſt.

2. (b) Nam ante Cæſares ſatis conſtat, peculia liberorum, ut ſervorum, una atque ſimplicia fuiſſe. Peculium autem eſt, puſillum filiif. & ſervi patrimonium. Antiquitus omnia bona vocabantur *peculium*, a pecudibus, in quibus univerſa veterum ſubſtantia conſtabat, ait Servius ad *Ecl. Virg. 1.* Imo τὰς οὐσίας ἄχρι νῦν ἀπὸ τῶν προβάτων Πεκούλια καλοῦσι, Patrimonia adhuc hodie *peculia* ab ovibus appellantur, ait Plutarchus in *Public.* exemplum in *l. 16. ad Sc. Trebell.* ut pecunia in *l. 5. ſ. pr. de V. S.* Sed quia verbum eſt ὑποκοριστικὸν, ut ait JC. in *d. l. 16.* ideo patrimonialis filiorum ac ſervorum, inde jam olim applicitum fuit. Sic Livius *lib. 2.* & Plin. *l. 24. c. 4.* ex peculio Sp. Caſſii ſignum Cereri conſecratum tradunt, (unde refelli poſſet Dionyſii argumentum, de quo modo.) Patres enim & Domini, ut per liberos atque ſervos opes augerent, ſi qui diligentiores ex iis viderentur, hos pecuniis, armentis, mercibus inſtruebant, ut paſcendo, negotiando, vel artificio aliquo facerent lucrum. In quam rem Varro *l. 1. de R. R.* monet, dandam eſſe operam, ut ſervi *habeant peculium, quo alacriores fiant.* Hujus quidem aliquando libera adminiſtratio ipſis concedebatur, ut contrahere, novare, & omnia, quæ domini poſſent, *l. ult. de Novat.* non tamen donare, niſi ex ſingulari cauſa, *l. 7. de donat.* proprietas enim & fructus, patris erant ac dominorum. Quin etiam Patribus omnia cedebant, quæ liberis ſucceſſione materni generis, aliave proſpera fortuna obveniebant, ut probatur ex *§. 1. h. l. 6. §. 2. & 3. & l. 79. & l. 92. de Acquir. hered.* Verum Alciatus *4. parerg. 3.* contendit, jam antea jure ff. a D. Marco fuiſſe conſtitutum, ut bona materna liberis ipſis quærerentur: Sed hoc parum liquet. Nam etſi ex Capitolino conſtet, Marcum tuliſſe leges de bonis maternis, tamen quæ & quales fuerint, non memorat, & verba de SCto Orphitiano intelligi poſſunt: præter quod Paulus & Ulpianus in citatis textibus contrarium ſcripſere, qui poſt Marcum vixerunt; neque ſatis probat, quod ait, ex *l. 22. de inoff. teſt. l. pen. ad SC. Tertull. l. 1. C. Qui admitti ad bon. poſſ. & l. 6. C. de bon. quæ lib.* denique nec *§. 2. h.* quæ agnoſcit res, quæ olim acquiſitionem paternam effugiebant. Nam hæc de jure non Digeſtorum, ſed quod vetuſtius ævo Juſtiniani ſit, facile intelliguntur, quo ſpectant leges *1. 2. & 4. C. de bon. quæ lib.* Varii enim Imperatores alia & alia bona Patribus ſubtraxerunt, donec Juſtinianus diſtinctionem, quæ nunc obtinet, abſolvit.

3. (c) Peculium enim filiifamilias, duplex omnino traditur, *Paganum*, vel *Caſtrenſe.* Paganum rurſus duplex, profectitium, vel adventitium, *l. ult. C. de inoff. teſt.* Profectitium vocatur, quod ex re & ſubſtantia Patris proficiſcitur, *§. 1. h. t.* Adventitium, quod non a Patre, ſed aliunde advenit ex ſucceſſione materna, liberalitate fortunæ, aut hominum, denique propriis laboribus, *l. 6. C. de bonis quæ lib.* niſi cum operam filius profectitiis rebus adhibuit, easque per induſtriam auxit, vel ſi quis Patri donaturus filio dederit; talia enim profectitia cenſentur, *d. l. 6. §. 2. arg. & l. 45. §. ult. de Acquir. hered.* ut etiam, ſi quid filius ſtipuletur ex cauſa profectitia; nam id Patris pleno jure fit, *§. 1. h. d. l. 6. & §. 1. Inſt. Per quas perſon. oblig. acquir.* Peculium adventitium, quæque ejus occaſione acquiruntur, quod ad proprietatem attinet, ſunt liberorum, uſusfructus ad Patrem ſpectat, cum jure adminiſtrandi pleno & dominii proximo, de quo dictum *ſupra lib. 1. tit. 18. n. 3. l. 6. C. de bon. quæ lib. Nov. 22. c. 34.* Sunt tamen præter caſtrenſia, & quaſi-caſtrenſia, quædam alia conditionis alioquin adventitiæ, quæ pleno jure liberis acquiruntur, ut quæ relicta ſunt liberis, ſub conditione, ne pater uſumfructum habeat, *Nov. 117. c. 1. in pr.* & alia plura, quæ in Pandectis memorabimus. Denique caſtrenſia utraque ſunt adeo plene filiorumfam. ut tam inter vivos quam mortis cauſa de iis libere diſponant, *§. ult. Inſt. Qui teſtam. fac. d. l. ult. C. de inoff.* Eſt autem caſtrenſe peculium, quod

(b) *Poſ. 2. 3. junct. 8. 9.* (c) *Poſ. 4. 5. 6. 7.*

Digitized by Google

milites in ſago lucrantur, *ἐκ σιδήρου καὶ ὅπλων περιελθόντα.* ut ait Gloſſar. *e ferro & armis quæſita*, de quo vid. *pr. Inſt. Quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* Quaſi caſtrenſe vocatur, quod in toga acquiritur a Magiſtratibus, Profeſſoribus, Advocatis, de quo *in §. ult. de teſtam. milit.*

4. (d) Igitur amplum jus eſt Patrum adverſus liberos, in poteſtate dum ſunt, & verendum erat, ne non difficulter hoc jus dimitterent liberosque raro emanciparent, uti tunc omnia ſibi vindicaturos. *Λυπεῖ γάρ τινα, Solent enim ægre ferre homines*, ait Theoph. *οὐχὶ οὕτω τὸ μὴ κτηθὲν, ὡς τὸ μετὰ τὴν κτῆσιν ἀφαιρεθὲν, non tam quod nunquam habuerint, quam quod aliquid nacti perdiderint.* Ideo parentibus in præmium emancipationis, Lege Conſtantini dabatur tertia pars bonorum filii adventitiorum, quod Juſtiniano viſum eſt *ἀπάνθρωπον, incivile;* ideoque pro triente proprietatis dedit partem dimidiam uſusfructus, quo & Patres plus haberent, pro triente ſemiſſem, & filii integram proprietatem conſervarent, *§. 2. h.* Atque hoc ipſo jure, licet Pater nihil in emancipando ſit pactus, obtinet; ſed renuntiare, ſi velit, filioque ſuum jus donare non prohibetur, *d. l. 6. §. 3. C. de bon. quæ lib.* quæ tamen vera donatio (illicita inter Patrem & filium, *l. 1. §. 1. pro donato.)* non eſt; neque enim alienat, qui occaſione acquirendi non utitur, *l. 6. pr. Quæ. in fraud. credit.* Cæterum, in tacita emancipatione, quæ fit hodie per nuptias, non retinet Pater dimidium uſumfr. quia novi patres-familiarum ſuis bonis ipſi integris adornandi ſunt, idque ita ſervatur *omni die.*

SCHOLIUM.

Et jure Saxonico, ſi filius ſeparatam œconomiam inſtituat. Nam & tunc pater omnia adventitia, non retenta dimidia uſusfructus, reſtituere filio tenetur. * Noric. ad §. 2. h. t.

(e) In acquiſitione dominorum per ſervos, ratio juris Romani ſimplicior eſt. Nam cum unum duntaxat eorum ſit peculium, quicquid illi ex qualibet cauſa acquirunt, id confeſtim, *ἐν ἀτόμῳ*, fit dominorum, quia proprietas in illis ne momento quidem ſubſiſtere poteſt. Sed intereſt aliquid inter cauſas dominii particulares, atque hereditatem. Nam ex illis, ut eſt ſtipulatio, donatio, legatum, dominis vi & poteſtate juris, acquiritur ignaris atque invitis, *§. 3. h. l. 32. de A. R. D.* nec modo ſi lucrativus; ſed & ſi oneroſus ſit titulus; ut eſt emptio, vel mutuum, quia dominus concedendo peculium jus tales ineundi contractus ſervis pariter dediſſe videtur; unde ſequitur, ultra quantitatem peculii, dominum ejusmodi obligationibus non adſtringi, in quem finem comparata eſt actio de peculio, *de qua in loco.* Sed hereditatis aditio, cum excedat peculii adminiſtrationem, majorisque ſit præjudicii, placuit eam non niſi juſſu domini procedere, *§. 3. h. l. 10. §. 1. de A. R. D.* Porro, quia nec poſſeſſio civilis ſervo convenire poteſt, ut dictum *ſupra*, ideo quicquid juris in poſſeſſione eſt, id continuo in Dominum tranſit, *§. 3. in fin. h. t.* ubi exemplum uſucapionis & longi temporis poſſeſſionis. Dicitur quidem poſſeſſio facti eſſe, in *l. 1. §. 3. & 4. de Acquir. poſſ.* & ſervos ea, quæ facti ſunt, non tranſmittere in dominos, *§. 2. I. de ſtipul. ſerv.* At hoc de poſſeſſione, quatenus naturali apprehenſione acquiritur, verum eſt; ſed & multum eam ex jure mutuari, ſcriptum eſt in *l. 49. fin. pr. & §. 1. eod.* Proinde ignorantes quoque & inviti, per ſervos domini poſſeſſionem adipiſcuntur, ſi cauſa poſſeſſionis ex peculio ſit orta, quia conceſſio peculii pro voluntate ſufficit; at extra peculii rationem poſſeſſio ſervi eſt factum inutile, nihil ad Dominum pertinens, *l. 1. §. 5. (ubi idem de filiofam.) l. 44. §. 1. de Acquir. poſſ.* Unde ſequitur, nec Dominium, quoties per traditionem & poſſeſſionem transfertur, extra cauſam peculiarem ignorantibus acquiri.

5. Per ſervos uſufructuarios & bona fide poſſeſſos, placuit duabus ex cauſis nobis acquiri, ſuis ex operis, & ex re noſtra. Fructuario enim debentur operæ jure proprio, bonæ f. poſſeſſori ad inſtar fructuum fundi: Lucrum vero ex propria ſubſtantia, ut ſi uſuras pecuniæ ſuæ percipiant, neutri invidendum, *§. 4. h. t.* Unde etſi nominatim ſervus ex his cauſis Domino vero ſtipuletur, ipſi quidem acquiritur, *l. 37. §. pen. de A. R. D.* ſed dominis condictio ad recuperan-

* *A. P. 2. C. 10. LX. L. 1. a. 11.* conf. præter *Noricum* a Thomaſio citatum, Carpz. *p. 2. C. 10. d. 5.* & Colerum *dec. 41. n. 8.* Schöpffer *ad ff. tit. tit. de uſufruct. n. 9.* In formali autem emancipatione, Patrem Uſusfructus dimidium etiam hodie apud nos retinere, affirmat Hopp. *ad §. 2. I. h. in Uſ. hod.* conf. Struv. *S. J. C. Ex. 12. th. 5.*

(d) *Poſ. 9.* (e) *Poſ. 2.*

dum

dum datur, *l. pen. de Stipul. ſerv.* Extra illas cauſas ſervus proprietario, vel ſibi cum liber eſt, & bona fide ſervit, dominium parat, *l. 10. §. 3. de A. R. D.* niſi conſtet, eum contemplatione noſtri heredem inſtitutum, vel legato aliave libertate auctum: tunc enim nobis noſtroque juſſu acquirit, *l. 21. & ſeq. de Uſuſr.* non quaſi opera ſua, (nam hereditatis aditio non eſt in operis, *l. 45. pr. de Acquir. hered.*) ſed quaſi ex re noſtra, *§. ult. d. l. 45.* Atque hactenus bonæ fidei poſſeſſor & fructuarius, comparantur in *§. 4. h. t.* Differentiæ alioqui ſatis ſunt notæ; unum hic obiter diſcrimen memoratur, quod bon. fid. poſſeſſor ſervum, contra quam fructuarius, uſucapere poſſit, tam, quoniam ille ſcit ſervum eſſe alienum, quam quia non poſſidet, ſcilicet civiliter ψυχῇ δεσπόζοντος, ait Theoph. *hic.*

6. (f) Atque ita ſe habet acquiſitio per eos, qui ſunt ipſi prorſus incapaces dominii, nobisque ſubjecti, in cæteris valet regula fori Romani, quod alii per alium acquiri nequeat. Ratio tamen commercii expreſſit, ut ab hac rigida ſubtilitate JCti ad promiſcuam utilitatem deflecterent, & vicariam acquiſitionem per circuitum ſtabilirent. Intellexerunt enim, poſſeſſionem, ut facto & naturali apprehenſione conſtantem, poſſe per extranei hominis operam rite nobis acquiri, & cum poſſeſſio ſit via, per quam itur ad dominium, ſic mediate dominium per alium conciliari, ſcilicet, per Procuratorem, *§. 5. h. l. 20. §. ult. & l. 53. de A. R. D.* Atque ita facilius dominium, quam obligatio, per procuratorem acquiri poteſt, ſiquidem hæc non aliter domino ad actionem prodeſt, quam ex mandato procuratoris, in cujus perſona jus obligationis hæret, *l. 49. §. ult. de Acquir. poſſ.* Additur ibidem, & in *d. §. 5. h.* quod & Dominis ignorantibus procuratores acquirant, ſcilicet τὰ καθ᾽ ἕκαστα, circumſtantias ſingulares ignorantibus; nam mandatum præcedens qualemcunque ſcientiam præſupponit. Uſucapiendi tamen conditio, quam ſimiliter poſſeſſio procuratoris præſtat, ſi rem non a domino acceperit, certam procul dubio ſcientiam requirit, *d. l. 49. §. ult. & l. 47. de Uſucap.* Quod ſi Procurator hac mente rem ab alio acceperit, ut ſibi, vel tertio, non mihi acquireret, etſi tradens mihi quæſitam voluerit, nihil tamen acquiram, *l. 1. §. 19. de Acquir. poſſ.* modo id præ ſe tulerit, atque expreſſerit; nam tacita cogitatio rem ſibi acquirendi, cum a me haberet mandatum, nihil operatur, quomodo conciliari poſſet *l. 13. de Donat.* cum *d. l. 1. §. 20.* Cæterum probe notandum, eos, qui per nuntios acquirunt, non tam per alios, quam per ſemet ipſos acquirere cenſeri, non ſecus quam ſi rem per literas expedirent. Neque enim ut procurator, ita nuntius ipſe acquirit; ſed acquirentibus nobis miniſterium præſtat, *l. 14. §. ult. & ſeq. de Conſtit. pecun.* Moribus hodiernis, ut obligatio immediate per alium, cui mandatum dedimus, in nos tranſit, ita nec dubium eſt, quin idem de dominio intelligatur, Grœnew. *ad l. 1. C. h. t.*

TIT. X.

De Teſtamentis ordinandis.

Modi acquirendi per univerſitatem, & ſpecialiter per Hereditatem. Teſtam. factionem eſſe juris G. Definitio Teſtamenti. Hiſtoria teſtamentorum apud Rom. Primum teſtam. requiſitum, unicus contextus; ubi, an teſtamentum recipiat contractum. Secundum teſtam. requiſitum, numerus VII. teſtium & eorum qualitas. Specialia teſtamenti ſcripti requiſita. Cum quibus ſit Teſtamenti factio, & qui teſtes eſſe prohibeantur. Heredem non poſſe. Legatarios recte adhiberi teſtes. De teſtamento nuncupativo.

(a) POſtquam modi res ſingulas jure Gentium acquirendi omnes, & juris civilis duo ſunt explicati, tranſit Imperator ad acquiſitionem univerſitatis, & TESTAMENTI jus enarrandum; poſtea dicturus de legatis & fideicommiſſis, quæ teſtamento relinquuntur. Species autem acquirendi per univerſitatem, jure antiquo plures fuere, quorum quidam Juſtiniani ævo jam pridem exoleverant; omnes, una excepta, noſtris temporibus ignorantur. Nam olim univerſitas bonorum quærebatur, hereditate, agnitione bonorum poſſeſſionis, arrogatione, addictione bonorum libertatum cauſa, *§. ult. Inſt. per quas perſ. cuique acquir. tit. Inſt. de ſucceſſ.*

(f) *Poſ. 12.* (a) *Poſ. 1. 2.*

ceſſ. ſubl. per bon. vend. & ex SCto Claud. item ſucceſſione per venditionem bonorum debitoris, redactione liberæ mulieris, quæ ſervili adulterio ſe maculaſſet, in ſervitutem, conceptione ſ. conventione uxoris in manum mariti, de quibus vide Contium *1. diſp. 12.* Quibus acceſſit fiſci ſucceſſio in bona damnatorum, & heredes nullos habentium, *l. 1. & t. t. de jure Fiſci.* item ingreſſus in monaſterium, *N. 5. c. 4. Auth. ingreſſi. C. de SS. Eccl.* Præcipua ſpecies, & prope unica nunc uſum habens, (ſiquidem bonorum poſſeſſio in effectu nihil ab hereditate differt, *l. 119. & l. 138. de V. S.*) eſt Hereditas, de cujus definitione abunde diximus *ad tit. de reb. corp. & incorp.* Hoc addi aut reponi vult methodus; Hereditas eſt ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. 24. de V. S. & l. 62. de R. J.* Succeſſio eſt facultas ſucceſſione acquiſita, & *univerſum jus*, materia ſubjecta hereditatis, continens tam jura quam corporalia, quæ in bonis & quæ ex bonis, & quorum non modo proprietas, ſed & emolumentum, uſus, aut periculum, ad defunctum ſpectavit, *l. 18. in fin. cum ll. ſeqq. ff. de Hered. petit.* (b) Quemadmodum autem in particulari acquiſitione *cauſas a modis* acquirendi diſtinximus, ſic etiam hereditatis acquirendæ videntur aliæ eſſe *cauſæ* & alii *modi*. Cauſæ ſive tituli ſunt, per quos defertur hereditas, eo mortuo, cujus de bonis agitur; atque illi duo ſunt, Teſtamentum, & Lex; unde duplex ſucceſſio; ex teſtamento, & ab inteſtato, quarum prior & præcipua teſtamentaria habetur. Tralatitium enim eſt, quamdiu ſucceſſor ex teſtamento ſperatur, ab inteſtato heredibus locum non dari, *l. 39. de Acquir. hered.* Quin lex quaſi præſumpto teſtamento, hereditatem ad eum defert, cui defunctus eam deſtinaſſe creditur, ſanguine ſcilicet proximo, quem naturæ ductu cariſſimum habuerit, quod eſſe fundamentum ſucceſſionis legitimæ apud Romanos, conſtat, & docet Grotius *2. de J. B. & P. c. 7. n. 3.*

2. (c) Naturali juri conſentaneum eſſe, ut voluntas domini, rem ſuam in alium transferentis, ſit rata, monet Imp. in *§. 40. ſupr. de A. R. D.* Alienandi jus ex poteſtate Dominii oritur, quæ in ultimo vitæ articulo non minor eſt, quam antea. Hinc Plutarchus in *Solone*, ubi narraſſet, illum Athenienſibus dediſſe liberam teſtandi facultatem, addit appoſite ad hanc rem; τὰ χρήματα κτήματα τῶν ἐσχόντων ἐποίησεν, *eſfecit, ut res ſua cuique propria & in poteſtate eſſet*, nullo id alio probans argumento, quam quod eos teſtari permiſiſſet. Igitur cum teſtamentum nihil aliud ſit, quam alienatio in mortis eventum; ſequitur, jus condendi teſtamenti, non modo ex æquitate, ſed & neceſſitate deſcendere naturali: verumque eſſe, quod in *l. 1. C. de SS. Eccl. Imp. Nihil enim eſt*, ait, *quod magis hominibus debeatur, quam ut ſupremæ voluntatis, poſtquam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium.* Ex naturali ratione derivatum hoc inſtitutum, in mores & jus Gentium abiit, quarum pleraſque voluntates ultimas recepiſſe, ac etiamnum uſurpare, probat Grotius *l. 1. c. 3. §. 12. a med. & l. 2. c. 6. §. ult. & in notis.* Tametſi verum ſit, non ubique eandem fuiſſe teſtandi libertatem, ob politicas rationes, de quibus vide Bodinum *5. de Rep. c. 2.* Proinde naturali rationi conſentaneum eſſe, condere teſtamenta, pluribus probat Balduinus in *προθεωρ. ad hunc tit.* attamen quia nulla pars juris communis, præ hac Teſtamentaria, Legibus Romanis, Edictisque Prætorum magis aucta & exculta eſt, mirum videri non debet, quod jus Teſtandi frequenter legibus & juri civili adſcribatur, *l. 120. & l. 130. de V. S. l. 3. Qui teſtam. fac. poſſ.* Ex ratione *l. 3. de J. & J.* ſenſu quoque proprio, dicitur eſſe publici, non privati juris, factio teſtamenti, qua de re dix. *part. 2. Digreſſ. lib. 1. cap. 21*

3. (d) Appellatur ex eo Teſtamentum, ait Imperator *pr. h.* quod teſtatio mentis ſit, ſecutus in eo Servium Sulpicium, quem hoc nomine Gellius reprehendit *6. Noct. Att. 12.* Verum nec finitionem ſcil. nec etymologiam, ibi veram, ſed alluſionem Cæſar venuſtam reique declarandæ non ineptam tradidit, cujusmodi crebras cum aliis Scriptoribus ipſi habent JCti. Nam non tantum Auguſtino ac Priſciano *mentiri* eſt contra *mentem ire*, & *argumentatio*, *arguta mentis oratio*: ſed Paulo quoque & Labeoni verborum & etymologiarum peritiſſimo, teſte Gellio, *poſſeſſio* dicitur *ſedium poſitio*, *l. 1. de Acquir. poſſ.* *Novatio*, *nova obligatio* apud Ulpianum *l. 1. de Novat.* & id genus alia paſſim. Modeſtinus Teſtamentum definit, quod ſit, *Voluntatis noſtræ juſta ſententia, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.* Sunt, qui teſtamentum in genere acceptum, omnem ultimam voluntatem, adeoque & codicillos, de quibus *infra*, denotare volunt,

(b) *Poſ. 3. 4.* (c) *Poſ. 5.* (d) *Poſ. 6. 7. 8.*

idque

idque definitione Modeſtini & Juſtiniani in *d. l. 1. & hoc pr.* probat Vir Cl. in *Exam. ad tit. ff. qui teſt. fac.* Sed hoc cum uſu juris pugnare manifeſtius eſt, *quam ut probatu ſit neceſſe*, verba ſunt Viglii *ad pr. h. t. n. 21.* Idem ut Modeſtini definitionem a codicillis alienam oſtendat, per *juſtam* voluntatem intelligit *ſolennem*, cujuſmodi non eſſe codicillos, affirmat Juſtinianus in *§. ult. de Codic.* atqui ſæpe vox *juſtum* nihil aliud quam legitimum ſignificat; exemplo ſunt Nuptiæ, de quibus Juſtinianus in *pr. de Nupt.* Juſtas, inquit, nuptias inter ſe cives Romani contrahunt, *qui ſecundum præcepta legum coëunt;* ut autem Teſtamenta ſecundum regulas juris civilis fiant, requiſitum indubitatum eſt, in *l. 4. ff. Qui teſtam. fac. poſſ.* Nec tamen non veriſſimum eſt, voce *juſta* intelligi quoque *ſolennem:* nam in Rubrica de injuſto, rupto teſtamento, *injuſtum* explicatur in *l. 1.* quod non eſt jure factum, id eſt, ubi *ſolennia* juris defuerunt; ideoque juſtum neceſſario, ubi adſunt *ſolennia*, ſit oportet; & cum nihil in toto jure tam ſit ſolenne quam teſtamentum, quid vetat, eam hic interpretationem recipi, quæ efficax nec otioſa eſt? uti foret, ſi nihil quam legibus conforme ſignificaretur, cujuſmodi omnia juris inſtituta habentur. Quid multis? Denotet igitur *juſta* voluntas legibus conformem; Illa conformitas maxime in ſolennibus conſiſtit, ideoque non poteſt juſta, non poteſt legitima voluntas, niſi quæ ſolennis eſt, condi: ut adeo, velint nolint, per *juſtam* diſſentientes ſolennem agnoſcere cogantur. Atque ita vox *juſta* tam ſolennem quam legibus conformem ſignificabit. Quod autem plurale verbum *noſtræ* habetur in definitione, cave putes, duos in eodem teſtamento poſſe teſtari: ſed intellige ſis, *cujusque noſtrum;* qua de re dabitur *inferius* agendi locus. Ultima verba, *de eo quod quis*, ſunt indefinite & univerſaliter accipienda, ut intelligamus, latiſſimam poteſtatem tribui teſtatoribus, quicquid voluerint, diſponendi, *l. 120. de V. S.* modo regulæ juris obſerventur, quas nulli, tametſi leges adverſus moribundos ſint indulgentiſſimæ, negligere, aut abolere fas eſt, *d. l. 120. ff. de V. S.*

4. (e) Poſt definitionem non poteſt præteriri, quod Juſtinianus ex antiquitate de uſu ac forma Teſtamentorum cenſuit præmittendum: *κἂν ἡ τούτων ἄγνοια μηδένα φέρει κίνδυνον*, ait appoſite Theophilus; *etiamſi talium rerum ignorantia nullum adſerat periculum.* Tamen cum hiſtoriæ cognitio per ſe dulcis ac utilis habeatur, licet rerum nihil ad nos pertinentium, quis gravetur memoriam paucis de arte ſua antiquitatibus applicare? præſertim cum nec periculo, quicquid Theophilus, eorum inſcitia careat. Vix enim juris novi rationes cuiquam exacte conſtabunt, niſi originem atque progreſſum juris vetuſti exploraverit: quod exemplo hiſtoriæ Teſtamentariæ hoc loco, & Fideicommiſſariæ *infra*, luculenter apparebit. Sciendum igitur eſt, Juris Teſtamentarii apud Romanos quatuor obſervationes diverſis obtinuiſſe temporibus. Prima & vetuſtiſſima in duplici erat differentia; nam aliter domi, aliter militiæ priſci Romani teſtabantur. Domi & in pace coram univerſo populo, ad comitia per lictores, cornicines & præconem convocato, voluntatem ſuam declarabant, quod teſtamentum *Calatis comitiis* dicebatur; nam calare a Græco *καλεῖν, vocare* ſignificat. Altera ſpecies, Teſtamentum *in procinctu* dicebatur, non *procinctum*, ut Theophilus compendioſe, ſed parum latine; tametſi non putarit, procinctum eſſe epitheton ipſius teſtamenti, ut ei Vinnius imputat, quia mox ait, *τὸ ὄνομα δεξάμενον ἐκ τοῦ σχήματος, ὅπερ ἔχοντες διετίθεντο, nomen eſſe deductum ex habitu, quo induti teſtabantur*, quam explicat Plutarchus in *Camillo:* Morem fuiſſe apud Romanos, cum milites in acie ſtarent, *εἰς τάξιν καθιστάμενοι*, ſaga ſe præcingere, *περιζώννυσθαι τήβεννον*, & coram teſtibus tribus vel quatuor, (*τριῶν καὶ τεττάρων*, ait Plutarchus, trium & quatuor, qui ſunt ſeptem, numerus ſolennis, ſed *καὶ* pro *ἢ* procul dubio ſumendum.) heredes ſibi nuncupare, *ὀνομάζοντες τὸν κληρονόμον*, ita ut teſtamenta in procinctu fuerint nuncupativa, *διαθήκας ἀγράφους teſtamenta non ſcripta*, dixerat ante paulo. Ex quibus verbis apparet, jam olim milites Romanos, ubi in hoſtem exiiſſent, habuiſſe poteſtatem quovis modo diſponendi, quod privilegium perpetuo manſit ac etiamnum supereſt, quemadmodum mox videbimus; etiamſi vetus forma teſtamentorum in procinctu, jam tempore Ciceronis dudum obſoleta fuerit, ut teſtatur in *lib. 2. de Nat. Deor.* & inſtitutum calatis comitiis teſtandi, jam olim, ut nimis ſolenne moleſtumque,

(e) *Poſ. 10. 11. 12.*

(cujus non ſemper copia, feminisque comitiorum expertibus nunquam dabatur) eſt abolitum; maxime, poſtquam alia compendioſior ratio inter cives Romanos invaluit, quæ *per æs & libram* dicebatur, de qua Imp. in *h. §. 1.* & quam eleganter explicat Theophilus.

5. (f) Ulpianus *tit. 20. §. 9.* actum teſtandi per æs & libram, duabus conſtare partibus memorat, *familiæ mancipatione, & nuncupatione teſtamenti.* Mancipationem refert idem, *tit. 20. §. 1.* fieri ſolitam *certis verbis, libripende & quinque teſtibus præſentibus*, per quam fiebat alienatio inter vivos, adeoque ipſa venditio, coram illis enim emptor ære appenſo rem, ut ſoluto pretio emptam, acquirebat, & quidem cum effectu pleniſſimo dominii Quiritarii. Idcirco ut dominium quoque a Teſtatore in heredem optimo jure transferri videretur, placuit veteribus ritum adhibere emancipationis. Hinc eſt, quod in teſtamento per æs & libram, adhibiti dicuntur quinque teſtes puberes, cives Romani, cum libripende; & quemadmodum in emptione ordinaria ipſe emptor aderat, ita in teſtandi actu, Familiæ, id eſt, hereditatis emptor ſeptimam perſonam, juxta libripendem & quinque teſtes referebat. Is familiæ emptor, olim erat ipſe heres, ut Theophilus affirmat, quod neſcio an alibi uſquam ſit ſcriptum; Ἐκεῖνος, inquit, ὃς ἔμελλε γίνεσθαι διάδοχος τοῦ τελευτήσαντος, ἠγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευτᾷν περιουσίαν. *Is, qui heres futurus erat morituri ſubſtantiam ejus emebat*, uno nummo, quaſi pretio, a libra appenſo. Sed erat venditio hæc τυπικὴ Theoph. *imaginaria*, ut Juſtinianus, quoniam omnes norant, agi de ſucceſſione poſt mortem, non de venditione inter vivos: Sed quia mancipatio erat cauſa dominii perfectiſſima, ſpeciem ejus huic negotio applicuerunt, ne quid pleno heredis dominio deeſſe videretur. Quoniam autem familiæ emptor, ipſe heres futurus, tali mancipatione dominium, quod poſt obitum teſtatoris demum ſperare debebat, quaſi a vivo jam accepiſſe videbatur, facile ex tam præſenti translatione in eam opinionem tranſibat, ut hereditatem habere, quam expectare mallet, atque ita ἐπεβούλευε τῷ δεσπότῃ τῆς περιουσίας, *inſidiabatur* teſtatori; qui dum viveret, erat dominus bonorum. Quod periculum ut evitaretur, mos invaluit, ut non ipſe heres, ſed alius familiæ emptor imaginarius, heredem repræſentans adhiberetur. Hæc admodum διηγητικῶς & concinne a Theophilo narrantur. Quando autem illa mutatio contigerit, nemo facile dixerit; ſiquidem vix eſt, ut quisquam hujus mutationis omnino veteres inter, mentionem fecerit; adeo ut Hotomannus parum fidei Theophilo deferendum putet. Atque ita fuit prima pars actus Teſtamentarii, Mancipatio. Altera apud Ulpianum eſt, Nuncupatio teſtamenti. Nam venditio illa per unum nummum erat tantum imaginaria & quaſi ſcenicus actus. Quid autem teſtator poſt mortem fieri vellet, quis foret heres, ſcriptum erat in tabulis ἰδίᾳ, *privatim, ſecreto* a teſtatore compoſitis. Quas manu tenens ita coram teſtibus loquebatur: *Hæc uti his tabulis* cerisve, *ſcripta ſunt; ita do, ita lego, ita teſtor, itaque vos Quirites teſtimonium præbitote.* Qua conteſtatione facta, totus actus pro completo habebatur: idque fuit uſitatum in pace teſtamentum, in illius, quod calatis comitiis fiebat, locum, ut Imperator indicat, ſurrogatum.

6. (g) Cæterum, imaginaria illa bonorum venditio, paulatim magna ex parte etiam inter veteres, abiit in deſuetudinem, ut eſt in *fine §. 1.* Quare Prætor, cujus officium erat, nimium rigorem vel ineptudinem juris antiqui corrigere, & ſeculo adtemperare, edictum propoſuit, idque in perpetuam jurisdictionem tranſivit, daturum ſe bonorum poſſeſſionem, (quæ eſt hereditas prætoria) ſecundum tabulas teſtamentorum, in quibus ſeptem modo ſigna teſtium oſtenderentur, cujusmodi ſigna in teſtamento per æs & libram, non requirebantur, ut docet Imperator in *h. §. 2.* Quamvis autem poſt illud Jus prætorium, alia teſtandi forma ſit introducta, quæ exponitur in *§. ſeq.* manet tamen adhuc illa facilitas Prætoris, qua ex teſtamento ſeptem teſtium ſignis munito, tametſi alia juris requiſita deſint, dat bonorum poſſeſſionem; at ſine præjudicio alterius, qui juſtam reſcindendi teſtamenti cauſam proferre poſſit: quod ſi fiat, impetrata bonorum poſſeſſio fit ſine re & ſine effectu: ſi non, manet cum re & cum effectu. Hinc adeo teſtamentum, in quo filiusfam. eſt præteritus, valet jure Prætorio, ſed reſcinditur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *§. 12. I. de hered. ab inteſt.* Quod ſi filius acquieſcat, manet bonorum poſſeſſio penes ſcriptum heredem, *l. 17. de injuſto rupto irr. teſtam.* Nec aliter in exheredato aliisque obtinere, videbimus *infra.*

(f) *Poſ. 13.* (g) *Poſ. 14.*

7. (h)

7. (h) Porro cum Teſtamenta per æs & libram paulatim obſoleſcerent, Prætorumque nimis ſoluta ac facilis obſervatio videretur: atque omnino progreſſu temporis, civile jus & prætorium in mutuam conſonantiam jungerentur, noviſſime teſtamenti ordinandi ratio partim nova, ut Imp. ait, partim ex antiquo jure Prætorio vel civili ſtabilita eſt, quam etiamnum obſervamus. Scilicet, duplex omnino Teſtamentum uſurpatur, *Scriptum*, cujus ſolennitas ſcriptura, & *Nuncupativum*, quod viva voce perficitur. Requiſita Juris ad ordinationem eorum neceſſaria, ſunt vel communia utrique, vel ſpecialia ſingulorum. Inter communia primo ponitur heredis inſtitutio; at hæc potius eſt forma quaſi ſubſtantialis teſtamenti, *§. 34. I. de Legatis*, imo ipſum teſtamentum, quod tribus verbis, *Titius heres eſto.* conſtare poteſt, *l. 1. §. 3. de Hered. inſtit.*

8. (i) Primum igitur inter generalia requiſita eſt, ut Teſtamentum fiat uno contextu. Per quem duæ res ſignificantur, continuitas temporis, & uniformitas actus, *l. 21. §. ult. ff. Qui Teſt. fac. poſſ. l. 28. C. de Teſt.* Continuitas poſtulat, ne teſtandi actus interrumpatur, nec, priusquam plane ſit abſolutus, teſtes digrediantur, *d. l. 28.* niſi cum ſubſtitutio pupillaris teſtamento inſeritur; Etenim *quia tunc* duplex quodammodo teſtamentum videtur, nihil obſtat, quo minus Pater hora prima ſibi, ſecunda filio ſcribat heredem, *l. 16. §. 1. de Vulg. & pup. ſubſt.* Imo etiam ſibi ſcripto deſignare, filio viva voce nuncupare poteſt heredem, *l. 20. §. 1. eod.* quod alioqui uniformitas actus non pateretur; quemadmodum hoc nomine arcentur a Teſtamento cuncta, quæ ab ultimis voluntatibus aliena ſunt, inter quæ procul dubio Contractus numerantur, *l. 20. de V. S.* ut pluribus confirmat Viglius *ad §. 3. h. t. n. 5. aliique paſſim.* Neque enim fas eſt in teſtamento quicquam præter voluntatem Teſtatoris declarari, cum contractus non aliter quam duorum voluntate perficiantur. In teſtamentis ambulatoria ſemper eſt voluntas, *l. 4. de Adim. leg.* in contractu quod ſemel placuit, immutabile eſt, *l. 5. C. de O. & A.* ut eſt perpetua toto jure differentia inter actus inter vivos, ultimasque voluntates. Ideoque, ſi Teſtator in ipſo actu teſtandi aliquid emat, vendat, aut locet uni ex teſtibus, vel præſenti, vel per procuratorem, Teſtamentum non valere dicemus: quia verum non eſt, uno contextu id eſſe factum. Quod ſi in ipſo teſtamento ſcriptum reperiatur; teſtatorem vendere fundum Cornelianum Titio mille aureis, de quo pretio antea tractaverant, ſed convenire non potuerant; neque venditionem hanc eſſe ſtatuemus, quæ non mutuo conſenſu facta eſt, neque teſtamentum vitiari, quoniam unitas contextus per ejusmodi declarationem non vitiatur: imo nec abſurdum videtur, ſi Titio placeat conditio, quin poſt obitum teſtatoris, oblatis mille aureis, petere poſſit fundum, quaſi reliquo pretio ipſi legato. Sane ſi teſtator contractum in teſtamento prius cum alio celebratum profeſſus ſit, dubium non eſt, quin heres ad eum implendum teneatur, per *l. 37. §. 5. de leg. 3.* Quæcunque porro declaratione ſolius Teſtatoris conſtant, etſi contractibus ſimilia, recte in teſtamentis fieri videntur, qualis eſt diviſio rerum communium *l. 32. Famil. ercisc.* talis etiam eſt aſſignatio liberti in *l. 1. §. 3. de Aſſign. lib.* cum teſtator libertum, qui communis heredum futurus erat, uni ex illis ad jus Patronatus præſtandum addicit. Talis eſt conſtitutio pignoris, in *l. 26. de pignerat. act.* ubi nihil agit teſtator, quam quod onus rei ſuæ, pro ſecuritate creditoris imponit, perinde ac ſi ſervitutem in re ſua conſtitueret. Nec diverſum eſt in *l. 36. de ritu nupt.* juncta *l. 2. de Sponſal.* ubi Pater non deſpondere, ſed deſtinare filiam nuptiis, ſuamque de iis voluntatem duntaxat explicare dicitur.

9. (k) Sed an Donatio mortis cauſa, quæ per conventionem ſolam, aut cum traditione conjunctam perficitur, in teſtamento fieri non poteſt? Viglius id loco citato negat, neque ſe usquam in legibus ſcriptum inveniſſe profitetur: textus enim, quem vulgo citant, ait, in *l. 11. de Inoff. teſt.* nihil ad hanc rem pertinet. Videtur hoc tamen perſpicue indicare Marcianus in *l. 25. pr. de Donat. m. c.* ubi, *Tam is, qui teſtamentum facit, quam qui non facit, mortis cauſa donare poteſt.* Verum hic locus vel ſic poteſt intelligi, ut JCtus doceat, eum, qui jus teſtandi habeat & qui non habeat, mortis cauſa donare poſſe, quia mox ſubjicit, filiumf. qui teſtari ne quidem patre conſentiente poteſt, mortis tamen cauſa ex Patris voluntate poſſe donare. Vel hoc modo; donationes mortis cauſa vel teſtato fieri, vel ab inteſtato; quemadmodum de codicillis traditur in *§. 1. I. de Codicill.* qui tamen propterea, cum teſtamento facto conduntur, cum teſtamento

(h) *Poſ. 15.* (i) *Poſ. 16. & ſeqq.* (k) *Poſ. 22.*

non

non confunduntur. Et ex *l. ult. C. de donat. m. c.* nihil aliud colligi poteſt, quam donationem mortis cauſa ſpeciem ultimæ voluntatis eſſe, diſtinctam a codicillis & teſtamento. Plane ſi quis in teſtamento declaret, ſe donare fundum Titio, quo minus voluntas ea valeat, ac a Titio deinde acceptetur, nihil video quid obſtet; cum ſit ultimæ voluntatis declaratio, ſine mutui conſenſus interventu. (l) De praxi hodierna quidam teſtantur, contractus poſſe nunc teſtamentis inſeri. Peckius *1. de teſtam. conjug. 43. n. 7.* Mantica *de conject. ult. vol. l. 8. tit. 1. n. 36.* Quod alii temperant, ſi vel contractus quodammodo ad teſtamentum pertineat, ut Graſſus *recept. ſent. §. teſtam. qu. 60. n. 2.* vel ſi breviter perfici queat, Schneidew. *ad pr. de leg. n. 10.*

10. (m) Puto ad hujus rei momentum bene dijudicandum facere, ut intelligamus, a quo tempore capiat initium unitas contextus, & quamdiu illa duret: nam ſi quis putet, dum ſcribitur teſtamentum, & teſtes aliud agentes confabulantur, leges unici contextus eſſe cuſtodiendas, prohibitio contractus celebrandi, tam inter teſtes, quam cum ipſo teſtatore, late pateret; Sed tu ita ſerva; Unitatem contextus incipere ab hoc, *Quando teſtator ſcriptas habens tabulas declaret eas ſibi eſſe prælectas, in iis ſuam ultimam contineri voluntatem, rogatque teſtes, ut velint atteſtari*, tum ipſe atque teſtes *ſignant, & ſubſcribunt, l. 28. C. de Teſtam.* Teſtamenti autem conſcriptio, non eſt pars unici contextus. Sed eam nihil vetat prius atque ſeorſum fieri, quod & in *l. 21. §. ſed licet. d. t. C. de Teſtam.* ſcriptum eſt, uſuque omni die obſervatur; Proinde licet interea, dum Notarius ſcribit, teſtes digrediantur, aut inter ſe vel cum teſtatore aliquid contrahant, ea res nihil ad unum contextum facit violandum; ſed quando ſcriptum eſt, quando ſuum os aperit teſtator, dum voluntatem explicat ſuam; tum vere ſici teſtes dictum putent, *hoc age*, nec aliud quicquam; adeoque in illis momentis, contractibus extraneisque negotiis abſtineant; quam obſervantiam non eſſe remotam a civili facultate, res ipſa loquitur; adeoque nihil inſolentiæ eſſe videtur in ea ſententia, quæ ſtatuit, ſi tum contractus celebretur, corrumpi actum teſtandi, omniaque eſſe vitioſa. Non eſt tamen incivile jus noſtrum, neque Diomedeis neceſſitatibus hominum actiones includit: Proinde ſi ipſe brevis actus ille, tranſverſario aliquo naturali aut morboſo interrumpatur, id actum teſtandi non vitiare, docet πραγματικῶς & accurate Juſtinianus in *d. l. 28. C. de teſtam.*

11. Poſt (n) unitatem contextus, quam ex jure civili antiquo, id eſt ritu teſtandi per æs & libram, deſcendere, affirmat Imperator, generale Teſtamenti requiſitum eſt, numerus ſeptem teſtium; qui unde ſit ortus, ex iis, quæ dicta ſunt, intelligi potuit. Juſtinianus ait, ex jure Prætorio; ſane quatenus omnes illi ſeptem pro teſtibus habentur; ſed alioqui in ipſo per æs & libram T. æque ſeptem perſonas adfuiſſe, nec aliunde eum numerum a Prætore petitum eſſe, nobis quidem videtur, ut diſſeruimus *P. 1. Digreſſ. l. 4. c. 33.* Sed jure Pontificio, & uſu frequentiore populorum, duo ſufficiunt teſtes maſculi cum tabellione, vel duo Scabini cum ſcriba, Grot. *1. Jur. Holl. 17.* Gudelin. *2. de jure noviſſ. 5.* Friſii tamen noſtri & teſtium numerum, & reliqua fere juris Romani ſolennia ſervant, teſte Sandio *l. 4. tit. 1. def. 4.* Stat. *l. 1. t. 16. art. 2.* Circa (o) teſtes autem, præter numerum ſeptenarium, ſingularia quædam requiruntur, primum, ut a teſtatore ſpecialiter rogentur, ſupremæ voluntati ſuæ ut teſtimonium perhibere velint, *l. 21. §. pen. D. Qui teſtam. fac.* ne detineantur inviti, *l. 20. §. ult. eod.* & teſtatorem videant, *l. 9. C. eod.* Denique, uti cum illis ſit teſtamenti factio, qua de re mox pluribus agendum.

12. (p) Specialia ſcripti teſtamenti ſunt, 1.) ut ipſe teſtator teſtamentum ſcribat, aut ſaltem ſubſcribat, vel ſi nequeat, octavum teſtem ſcribendo adhibeat; verum ὁλογράφῳ teſtamento, quod ſua manu teſtator totum ſcripſit, non eſt neceſſe uti ſubſcribat, modo a teſtibus id fiat, *l. 28. §. 1. d. t. C. de Teſtam.* 2.) Tabulas clauſas teſtibus oſtendat, eisque voluntatem ſuam contineri, declaret: cujus ſe bene conſcium, adeoque ſibi prælectas, ſi ipſe non ſcripſerit, affirmet; nam ſi notarius dictatum a teſtatore & in mundum redactum, ei ſoli non prælegerit, teſtamentum non valebit, ut judicatum refert Sandius *l. 4. tit. 1. def. 5.* quemadmodum contra prælectio & approbatio ſufficit, etſi Tabellio capita teſtamenti ab alio dictata acceperit, *eod. tit. def. 11. in f.* 3.) Teſtes, petente ipſo, ſubſcribant atque ſubſignent, *l. 21. C. de Teſtamentis.* Fuit & quartum, ut nomen heredis manu Teſtatoris exprimeretur, vel ſi imperitus ſcribendi, palam nuncuparetur, quod teſtes in ſua ſub-

(l) *Poſ. 23.* (m) *Poſ. 24. 25. 26.* (n) *Poſ. 27.* (o) *Poſ. 27.* (p) *Poſ. 37. 39.*

ſcri-

ſcriptione tunc addere debebant, ut latius ſancitur in *l. 29. C. de Teſtam.* Sed hoc merito remiſſum & abrogatum eſt in *Nov. 119. c. 9.* ut jam ſufficiat, nomen heredis ab eodem tabellione, qui totum ſcripſit teſtamentum, ſecreto in tabulis eſſe conſcriptum; quod commodius & tutius eſt, ne teſtator palam, quis ſit heres, ſignificare cogatur, in quem præcipue finem ſcripta atque obſignata teſtamenta in uſum introducta ſunt. Adde ſis *Poſ. 38.* Subſcriptio teſtium proprio chirographo, non manu vicaria fieri debet, *l. pen. D. h. t.* Ideoque regulariter teſtes literati requiruntur, excepto caſu *l. 31. C. de Teſtam.* ubi literarum periti pro imperitis ſubſcribere jubentur. Omnium maxime ſuperſtitioſum fuit requiſitum, ut annulo tantum ſignare liceret, quod legitur in *l. 22. §. 5. D. h. t.* ubi diſerte, aliud ſignum poſſe adhiberi, negat Ulpianus, idque ad myſticam teſtamenti ſolennitatem pertinere, cenſent Viglius *hic* & Cujacius *l. 14. Obſ. 11.* Sed quicquid comminiſcamur, difficulter adſequemur, ne non maneat inepta ſubtilitas, quod præciſe rotundum debuerit eſſe ſignum, tametſi forte eadem ſculptura eſſet in quadrato; maxime, cum non fuerit vetitum, annulis alienis uti; imo & omnes uno annulo teſtes conſignare potuerint, *§. 5.* quod multo juſtius prohibendum videbatur. Neque tamen ita, quod male me habet, emendatione correctum velim, nec iis adſentiri, qui & multi & doctiſſimi ſunt, particulam *non d. l. 22. §. 5.* inſerentibus. Senſus enim ſatis ſibi conſtat, & veteribus id genus ſubtilitates ſatis familiares fuiſſe, multa fidem faciunt, nusquam vero magis illas quam in teſtamentis eſſe conſectatos, ea, quæ diximus, eximie teſtantur. Moribus hodiernis, ſignacula teſtium penitus ubique in deſuetudinem abierunt, teſte Gudelino *de jure novis. 2. cap. 5.* Grotio 2. *Jur. Holl. 7.*

13. (q) Sed requiſitum generale de teſtibus, latiorem poſtulat explicationem, quam Imperator in *§. 6. & ſeqq.* perſequitur, *Teſtes*, inquit, *adhiberi poſſunt ii, cum quibus teſtamenti factio eſt.* Duplicem vulgo teſtamenti factionem Interpretes agnoſcunt, Activam, atque Paſſivam; illam in poteſtate & in forma condendi teſtamenti, hanc in jure percipiendi ex teſtamento conſiſtere, docent; quæ diſtinctio fundamentum habet in *§. 4. I. de hered. qual. & diff.* At in hoc præcepto de teſtibus *d. §. 6.* intelligere Cæſarem non tam activam, quam paſſivam, exinde colligi poteſt, quod tales perſonæ excipiuntur, quibus activa nullo modo competit, ut impubes, ſervus, furioſus. Alioqui planius dici poterat, teſtes adhiberi poſſe, *qui teſtamenti factionem habeant*, (quibus verbis activa plerumque intelligitur, *l. 3. l. 4. l. 8. in fin. l. 18. & 19. h. t.* etſi aliquando de paſſiva quoque uſurpentur, *d. §. 4. & l. 16. h. t.*) tum enim ſolæ mulieres excipiendæ forent; reliqui enim heic excepti per ipſam regulam ſatis excluſi forent. Theophilus utranque teſtamenti factionem intelligi a Cæſare putat, *οἵτινες ὑφ᾽ ἡμῶν δύνανται κληρονόμοι γράφεσθαι καὶ γράφειν ἡμᾶς*, *Qui & a nobis heredes inſtitui & nos inſtituere poſſunt.* Quod autem mulieres a teſtamentis arceri placuit, ratio videtur; quod olim quinque teſtes puberes, cives, adeſſe debuerint, ut modo audivimus; neque Romani moris fuerit, mulieres in ſolennibus & publicis actibus admiſcere viris; ne dicam, teſtes illos comitia populi quodammodo repræſentaſſe, quorum feminas nullo modo participes fuiſſe conſtat. Porro impuberes & furioſi cur teſtes eſſe nequeant, non eſt, quod ſolicite indagetur, neque cur prodigis, quibus bonis interdictum; quia tralatitium eſt, eos fere in omnibus pro furioſis haberi, *l. 12. §. 2. de tutor. dat.* neque de ſervis dubium, qui pro mortuis habentur. Muti etiam & ſurdi indiſtincte prohibentur, quibus tamen aliquando teſtari permittitur, ut *infra* intelligemus; (r) Cæcorum, etſi nulla fiat mentio, æque tamen improbandum videtur teſtimonium, quia in *l. 9. C. de Teſtam.* diſerte requiritur, ut teſtes videant teſtatorem. Sed & eadem ratio, quæ ſurdos & mutos repellit, videbatur obſtare omnibus ſermonem defuncti ob linguæ imperitiam non intelligentibus. Ideo enim teſtes adhibentur, ut ſi poſtea de veritate rei geſtæ controverſia oriatur, teſtes quid viderint ac audiverint, referre queant; id autem non magis ab eo, qui linguam non callet, quam ſurdo quovis, præſtari poteſt. Scriptum tamen eſt in *l. 20. §. pen. D. h. t.* intelligentiam ſermonis in teſte non exigendam, ideoque eum, qui latine non norit, recte fieri teſtem, D. Marcus reſcripſit, addita ratione, *ſi vel ſenſu percipiat quis, cui rei adhibitus ſit, ſufficere.* Poteſt enim per interpretem ſcilicet referri, quid in actu teſtandi ſit geſtum; cum neceſſarium non ſit viſum, ut omnes circumſtantiæ a teſtibus commemorentur.

(q) *Poſ. 18. 19.* (r) *Poſ. 31.*

Digitized by Google

tur. Utique hæc res in teſtamento ſcripto conciliari poteſt, in nuncupativo haud perinde; nec de eo *d. l. 20. §. pen.* accipienda videtur.

SCHOLIUM.

Sed tamen ratio d. l. 20. §. pen. *quam Autor dicit conſiſtere in eo, quod per interpretem ſcilicet & percipi & referri poſſit, quid in actu teſtandi ſit geſtum, etiam videtur accommodari poſſe ad teſtamentum nuncupativum.*

RESPONSIO.

Vocem percipiendi *ad circumſtantias, non ad dicta pertinere volui, quæ in myſtico ſive clauſa teſtamento nulla de negotio ipſo proferuntur. Ut autem in nuncupativo teſtatio ipſa per interpretem teſtibus exponatur, nec ſubtilitas unici contextus, neque natura negotii ferre videtur: utpote, cum nuncupatio teſtamentorum vix aliter, quam rapido inſtantis mortis periculo, ſoleat uſurpari.*

N. ADDIT.

Facile mihi perſuadeo, JCtum in l. 20. §. pen. *cogitaſſe de teſtamento ſcripto & myſtico, quod per æs & libram fiebat. Interim tamen rationes Autoris mihi nondum perſuadent, quod deciſio JCti ad teſtamentum ſcriptum ſit reſtringenda. Nam quod primo dicit, in teſtamento myſtico & clauſo nulla dicta de negotio ipſo fuiſſe prolata, id repugnat iis, quæ* in fine §. 5. hic *de formula ſolenni nuncupationis in teſtamentis, per æs & libram adhiberi ſolitis, ipſe recenſuit. Deinde, quod dicit, in teſtamento nuncupativo ſubtilitatem unici contextus non ferre, ut negotium teſtibus per interpretem exponatur, parum ad rem facit, quia & in teſtamento illo per æs & libram, unitas contextus non obſtabat, quo minus Autor hanc rationem legis daret, quod per interpretem teſti referri poſſet, quid ſit geſtum. Denique, quod ultimo loco provocat ad naturam negotii, initio non univerſale eſt, quod teſtamenta nuncupativa fiant in inſtanti mortis periculo; deinde, ſi eſſet, magis perſuaderet ſententiam contrariam: Nam ſubitaneæ mortis periculum poterat excuſationem præbere teſtatori, quod propter illud teſtes, utcunque potuerit, conquiſiverit, nec adeo ipſi imputandum ſit, quod non fuerit diligentior in conquirendis teſtibus ſermonis latini peritis.*

(ſ) Poſtremo arcentur a teſtimonio *improbi & inteſtabiles,* in *d. §. 8.* qui, ut dictum, etiam facere teſtamentum vetantur, *l. 26. h. t.* quæ verba conjunctim accipienda ſunt, neque enim quamlibet improbitatem, ſed talem eſſe oportet, quæ hominem reddat inteſtabilem, id eſt, omni teſtimonio fideque habenda indignum. Habentur autem inteſtabiles, non quilibet infames, ſed illi tantum, quos ipſa Lex tales eſſe juſſit, ut recte Viglius *ad hunc §. 13. Una vero tantum ſpecies reperitur,* pergit Viglius, *ex qua inteſtabilis hodie quis fiat, ſcilicet, cum quis ob carmen famoſum damnatus eſt, l. 21. de Teſtibus. d. l. 18. §. 1. h.* Theophilus tamen *eam vocem aliter declarat,* nam is dicit improbum ac inteſtabilem hoc loco eſſe, qui ut teſtis teſtamento adhibitus ſubſcripſit & ſignavit, poſt mortem autem teſtatoris ſiſtere ſeſe ac teſtimonium confirmare noluit; Μισῶσι τὸν τοιῦτον οἱ νόμοι, *Leges ejuſmodi hominem oderunt,* inquit, neque teſtari, aut capere ex teſtamento, permittunt. Deſumpſit exemplum illud ex ipſa L. XII. Tabularum, in qua ſcriptum fuiſſe refert Gellius *lib. 15. noct. c. 13.* in fine; QUEI. SE. SIERIT. TESTARIER. LIBRIPENS. VE. FUERIT. NI. TESTIMONIUM. FARIATUR. IMPROBUS. INTESTABILISQUE. ESTO. quæ tamen ſanctio non modo in teſtamentariis, ut videtur velle Theophilus, ſed inter vivos quoque mancipationibus locum habebat, ut docet Rævardus *ad L. XII. Tab. cap. 10.* Ex Conſtitutionibus Imperatorum, ordini quoque inteſtabilium accenſendi perduellium liberi, *l. 5. C. ad L. Jul. Majeſt.* item improbiores hæretici, pagani & apoſtatæ a fide vera, *l. 3. C. de Apoſt. l. 3. & l. pen. C. de hæret.* ſed hæretici minus pernicioſi, in Teſtamentis & contractibus admittuntur, atque in judiciis, cum inter ſeſe litigant, non adverſus orthodoxos, *d. l. penult.*

14. (t) Cæterum conditio teſtium, an his vitiis, quæ recenſa ſunt, laborent tempore teſtamenti facti, conſideratur; proinde, ſi tempore mortis, aut cum tabulæ aperiuntur, eorum ſtatus melior, aut deterior ſit factus, id nihil nocet, neque prodeſt, *l. 22. §. 1. h. t.* Quod ſi aliquando eveniat, ut ejuſmodi inter teſtes perſona reperiatur, cujus conditio inhabilis ad teſtimonium latet, omnibusque ignota eſt, quemadmodum ſi ſervus, ut in *hoc §.* vel hæreticus, aut mulier in habitu virili, inter teſtes irrepſerit, talis defectus, quoniam quod ignoratur, civiliter ac ſi non eſſet, habetur, nihil nocet teſtamento. Verum ſi poſtea ante apertas tabulas rei veritas innoteſcat,

(ſ) *Poſ. 30.* (t) *Poſ. 32. 33.*

etiam-

etiamſi ex rigore juris teſtamentum vitiaretur, Imperatores tamen ex æquitate, ἐκ φιλοτιμίας, ut Theoph. decreverunt, ut æque firmum habeatur, ac ſi, ut oportebat, factum eſſet, *§. 7. h. t.* quod ratio publicæ utilitatis expreſſit, ſiquidem multa nimis omni die infirmarentur, ſi latentes defectus perſonarum, quæ, dum ad actum aliquem adhibentur, omnium judicio idoneæ creduntur, id quod ageretur, vitiarent; confer *l. 3. pr. de SCto Maced. l. 3. de Off. præt.* Cui accedit, quod, ut antea diximus, rei ignoratæ nullus jure civili effectus dari poteſt. Valde igitur D. Voetius improbabiliter contra Bachovium & *Dd. communiter* diſputat, *comment. ad hunc §. n. 2.* conſtitutionem in *d. §. 7.* ultra ſpeciem caſus propoſiti, minime extendendam eſſe: neque enim dubitari poteſt, quin Imperatores ſub ſervi exemplo, in omnibus occultis perſonarum defectibus idem obtinere voluerint, ſervique meminerint, quia caſus ille uſitatior, reliqui minus frequentes erant.

15. (u) Præterea non admittuntur ad teſtimonium, domeſtici Teſtatoris, οἰκόθεν οἱ μάρτυρες. (Nam quod teſtes inter ſe domeſtici, id eſt, unius familiæ ſint, id non obſtare docetur in *§. 8. h. ex l. 17. de Teſtibus.*) Vox autem domeſticorum aliter in judiciis, aliter in ultimis voluntatibus accipitur. In illis domeſtici vocantur, quicunque de domo noſtra producuntur, *l. 24. de teſtib. l. 3. C. eod.* Sed hoc loco ſtrictius eos duntaxat domeſticos vocamus, qui cum teſtatore eodem patriæ poteſtatis vinculo ſunt conjuncti, ut ſatis ex hoc *§. 9.* liquet; unde recte Theophilus domeſticum teſtimonium, non ex habitatione, neque uſu tecti aut menſæ, neque ex cognatione, ſed ἐξ ἑνώσεως τῆς ἐν ὑπεξιότητι, *ex conjunctione poteſtatis*, æſtimari docet. Filius igitur in teſtamento Patris, cui ſubjectus eſt, teſtis eſſe nequit, nec Pater in eo, quod filiusfam. fecit, ſcilicet de peculio caſtrenſi poſt miſſionem ex militia, ut habetur in *d. §. 8.* Nam in eo, quod fecit dum miles erat, dubium non eſt, quin teſtimonium ejus recipiatur, de quo caſu ſi reſponſum Ulpiani & Marcelli, cum Viglio aliiſque multis accipiamus, in *l. 20. §. 2. h. t.* gravem amoliemur antinomiam, quæ multis inevitabilis videtur, neque temere, ut multis probat Vinnius. Quod ſi contrarius huic iſte locus ſit dicendus, videmur tamen habere quod ſequamur; Cum enim Juſtinianus hunc verſiculum non ſumpſerit ex alio in Pandectis reſponſo, ſed locus plane ſit ſingularis, deciſio hæc Imperatoris prævalebit JCtis, quorum reſponſum pro abrogato habebimus. Neque enim refert, utrum conſtitutiones in Codice, an Inſtitutionibus reperiantur, *arg. §. 6. proœm. Inſt.* Id verò jam ſponte liquet, patrem, filium & fratres, qui per emancipationem ſeparati ſunt, ſibi invicem teſtimonii dictionem in teſtamentis præbere poſſe, quod longe aliter in judicialibus comparatum eſt, *l. 9. de Teſtib. l. 6. C. eod.* quoniam ratio quoque diverſa utrobique eſt. Nam in judiciis cognati arcentur, quoniam veritati rerum geſtarum vix fieri poteſt, quin ex affectu conſanguineo grave præjudicium creetur, & teſtes pro conjunctis perſonis non aliquid aut veri diſſimulent, aut ultra verum addant: ſed teſtatores non ideo teſtes adhibent, ut per eos de commodo ſuo certent, cum heredis potius utilitas vertatur; verum ut coram illis ſuprema ſua ordinent, quod inter amiciſſimos plerumque fieri amat. Ratio igitur, quæ perſonas illas vetat eſſe teſtes, alia eſſe non videtur, quam quod per vinculum patriæ poteſtatis cum teſtatore, eædem perſonæ cenſeantur, ac ita teſtator ſe ipſum quaſi teſtem adhibere videatur.

16. (x) Eadem ratio dictat, quando heres prohibetur teſtis eſſe *§. 10.* id perinde accipiendum de iis, qui poteſtatis vinculo cum herede ſunt juncti, ſeu filius, ſeu Pater, ſive fratres ſint non emancipati: Sed narratio Juſtiniani incidit in ſcrupulum, qua commemorat, veteres heredi & iis, qui per poteſtatem conjuncti fuerant, conceſſiſſe teſtimonia in teſtamentis præſtare, idque propterea, ut Theophilus addit, quoniam heredis nomen in teſtamento per æs & libram erat occultum; quapropter in ſua cauſa teſtis eſſe non videbatur, utpote ignarus ſuum commodum verti; quod ſi forte ei innotuiſſet, veteres eum dehortabantur, ne facultate conceſſa perhibendi teſtimonium abuteretur. Obiter notatu digna ſunt verba Cæſaris *d. §. 10.* *Tamen nos, quod ab illis ſuaſum eſt, in legis neceſſitatem transferentes.* Hæc enim creberrima & pulcherrima legum materies; ut quæ ex naturali ratione laudabilia, non tamen neceſſaria ſunt, iis Legiſlatores ἀναγκαστικὴν δύναμιν, vim *obligandi* atque cogendi tribuant. Heres igitur, quoniam inter ipſum & teſtatorem omne teſtandi negotium geri creditur, ſibimet ipſi ut

(u) *Poſ. 34. 35.* (x) *Poſ. 36.*

Digitized by Google

teſtis ſit, merito improbatur. Ideoque fidem Viro Cl. nullo modo habendam cenſeo; moribus hodiernis, heredem in teſtamento ſcripto poſſe teſtem eſſe, *audacter adſerenti;* at ſine nullo auctore, vel rei judicatæ præjudicio, *comm. ad h. §. 12. n. 2.* Legatarii autem & fideicommiſſarii particulares, (nam qui univerſo fideicommiſſo honorati ſunt, pro heredibus habentur, *§. 3. & 4. I. de fideic. hered.*) ad teſtimonium & olim fuerunt admiſſi, *l. 20. pr. h. t. l. 14. de reb. dub.* & expreſſa conſtitutione Juſtiniani etiamnum admittuntur, ut ipſe teſtatur in *§. 11. h. t.* Ratio autem, cur Legatarii & fideicommiſſarii non prohibeantur, redditur ab Imperatore, *quia non juris ſucceſſores ſunt;* quod plerique ita interpretantur, quod non ejusmodi ſucceſſores ſunt, qualis eſt heres, nempe juris univerſalis, ſed particularis duntaxat. Theophilus verba illa reddit, ἐπειδὴ ȣ̓κ ἀσωμάτȣ γίνονται διάδοχοι, *quia non ſiunt rei incorporalis ſucceſſores.* Ejus igitur explicatio videtur, quod Legatarii corpus, aut rem certam conſequantur; heres non corpus ullum, neque rem certam, ſed jus a defuncto relictum; Nam hereditas etiam ſine ullo corpore, juris intellectum habet, ait JCtus in *l. 50. de hered. petit.* quod tam onera, quam commoda complectitur, *l. 119. de V. S.* Ideoque heres repræſentat teſtatorem, quod de Legatario dici nequit. Res eo redit, quod in *§. 10.* dictum eſt, negotium omne geſtum credi inter teſtatorem & heredem, qui hereditatem, id eſt, ipſum jus defuncti nanciſcitur; ideoque dum is totum negotium occupat, cum legatario nihil proprie actum videtur, vel tam exiguum hoc eſt, ut in cenſum non veniat; aut forte, quia teſtator ipſum legati quoque negotium cum herede gerit, e quo id vult præſtari legatario; eſt enim legatum donatio quædam ab herede præſtanda, *§. 1. I. de Legat.* qua de re plenius in loco. Plane ſi par eſſet Teſtamentarii ac judicialis ratio teſtimonii, vix fieri poſſet, ut fidem mereretur is, cujus tantopere intereſſet, ac legatarii in teſtamento intereſſe liquet; tralatitium enim eſt, neminem in propria cauſa teſtem eſſe audiendum, *l. 10. C. de Teſtib.* & proprium cujusque cauſam vocamus, cujus emolumentum aut damnum proprio nomine ad aliquem pertinet, *l. 1. §. 11. Quand. appell.* Legatarii autem in teſtamento verti lucrum, ſuo nomine, res ipſa loquitur. Sed ad differentiam inter teſtamentaria & judiciorum teſtimonia videtur & hoc pertinere, quod in judiciis ſecundum depoſitiones teſtium cauſæ decidantur & ſingulæ ad probationem pertineant, cum in teſtamentis multitudo teſtium ad ſolennitatem magis quam probandi neceſſitatem ſpectet, neque ex unius aut alterius teſtis fide, delatio hereditatis pendet, quando plura ſunt alia, quæ ad teſtamentorum obſervationem requiruntur, falſoque ſabricando ſunt impedimento. Præterea, ſi Legatarii ob teſtimonium in ſua cauſa dictum liberalitate defuncti exciderent, non ab alio quam herede repellendi forent; Sed qua fronte heres aut quo jure negabit eorum teſtimonia valere, quorum vi ipſe tanquam ex valido teſtamento, univerſam ſucceſſionem nactus eſt? quod recte vidit Bachovius. Poſtrema ratio profertur a Symmacho *lib. 10. epiſt. 55.* *Calumnia,* inquit, *inanis objecta eſt, quod ſignatores neſcio quid legati ex eadem voluntate accepiſſent &c. Nam ſi his legibus viveremus, inimicis potius ſignatoribus uteremur. Quis non familiariſſimum quemque ſignandis adhibet, cum extrema conduntur? Jam quid mirum eſt, ſi in oculis poſitus meretur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari* &c. Et mox; *Non fero ſignatorem, cui pars bonorum magna defertur.* Ex quibus verbis, rerum duntaxat modicarum legatarios, ad teſtimonium admittere videtur. Sed jus noſtrum non diſtinguit, neque ſpectat quantitatem lucri, ſed jus directum ſucceſſionis, etiamſi ſuſpicionem falſi enormis legatum facilius movere poſſet. Non utimur ad defendendum Legatarii teſtimonium ea ratione, quod in ſcripto teſtamento plerumque ignotum ſit legatariis, quid his aut illis relictum ſit; Putamus enim, in nuncupativo etiam legatarios inter teſtes admitti, quia leges non diſtinguunt, & rationes allegatæ in utrisque locum inveniunt. In praxi etiamnum ſervari jus Romanum, contra Grœnewegium defendit D. Voetius *ad §. 11. n. 2.*

17. (y) Leve porro eſt, quod Imperator monet in *§. 12.* nihil intereſſe, membranis, charta, palyinpſeſto, vel aliis ſcribatur teſtamentum; neque magis intererit, utrum ſtylo, an calamo, atramento, aut alia re; nec qua lingua, aut genere ſcripturæ ſit uſus Teſtator, modo literæ ſint claræ atque diſtinctæ; nam teſtamentum *notis* exaratum, id eſt compendiis litera-

(y) *Poſ. 41.*

literarum, non valet, *l. 6. §. ult. de bon. poſſ.* niſi militis, *l. 40. de Teſtam. mil.* aut Parentis inter liberos, *l. 21. §. ex imperf. C. de Teſtam.* quibus id poſtea Juſtinianus diſerte prohibuit, in *Auth. quod ſine. C. de teſtam. ex Nov. 107. c. 2.* Idemque omnes notas *ſeu ſiglas*, ut loquitur, in libris juris amplius uſurpare prohibet, quibus olim pleni fuerunt JCtorum libri, *l. 2. §. 22. C. de vet. jur. enucl.* Quod ſi recte obſervatum fuiſſet, vix potuerat eſſe verum, quod Cujacius obſervat, multos in libris juris noſtri errores ex ejusmodi irrepſiſſe notis, *ad §. ult. I. de vulg. ſubſt.*

18. (z) Poſtremum, quod de ſcripto Teſtamento tradit Imp. in *§. 13.* ſpectat ſecuritatem atque commoditatem ultimarum voluntatum; ſi Teſtatores peregre ſint abſfuturi aut alioqui metuant, ne tabulæ teſtamenti intercidant; facultas illis datur, plura inſtrumenta eodem exemplo conficiendi, iisdem verbis ſcripta, ab iisdem ſignata teſtibus, quorum ſi unum forte, vel fraude aliorum pereat, voluntas defuncti ex eo quod ſupereſt, intelligi atque impleri poſſit. Explicat rem Papinianus *in l. ult. de his, quæ in teſtam. del. induc. Pluribus tabulis*, inquit, *eodem exemplo ſcriptis, unius teſtamenti voluntatem eodem tempore dominus ſolenniter complevit;* eleganter exprimens, utrumque teſtamentum eſſe debere authenticum, non alterum alterius exemplo factum, verum uno ſolennitatis actu comprehenſum. *Si quaſdam tabulas*, pergit, *in publico depoſitas abſtulit atque delevit, quæ jure geſta ſunt, præſertim cum ex cæteris tabulis, quas non abſtulit, res geſta declaretur, non conſtituentur irrita.* Quamvis deletio & inductio teſtamentum faciat irritum, ut ex *l. 1. eod. t.* apparet, tamen, ſi ex pluribus teſtamentis unum modo ſit deletum, vel inciſum, heres ſcriptus ex eo, quod integrum profert, petere adhuc poteſt hereditatem: Quia ſingulis inſtrumentis tota vis probandi ſcilicet ineſt, & præſumptio eſt, teſtatorem reliqua deleviſſe, quod ſuperflua cenſeret: nam ſi animum adimendi hereditatem habuiſſet, omnes tabulas publice depoſitas procul dubio ſuſtuliſſet. Quod ſi hæc præſumptio per contrariam probationem aut fortiorem præſumptionem everti poſſit, aliter ſtatuendum fuerit, quemadmodum Paulus ad eundem Papiniani locum notavit, *Sed ſi ut inteſtatus moreretur, incidit tabulas, & hoc probaverint hi, qui ab inteſtato venire deſiderant; ſcriptis avocabitur hereditas.* Nec ſecus videtur, quando teſtator peregre forte abſens, quas in poteſtate habebat, tabulas deleverit aut conciderit; tunc enim de reliquis idem facturus, adeoque animum abolendi teſtamenti habuiſſe credendus eſt. Papiniani quippe ſententia agit de caſu, quo tabulæ omnes in publico extant, omnesque a teſtatore facile auferri & aboleri poterant; ideoque, ubi contrariæ ſunt circumſtantiæ, diverſum ſine dubio ſtatuendum videtur.

19. (a) Sed non æque expeditum eſt, an, ut unius teſtamenti plures tabulæ, ita in iisdem tabulis diverſæ diverſorum teſtatorum diſpoſitiones conſcribi poſſint, quod hic a Viglio negative diſputatur, cui ſe Peckius opponit *lib. 1. de Teſtam. conjug. c. 19.* ubi recte *in princ.* monet, hanc quæſtionem in ſcripto duntaxat teſtamento habere locum. Nam quo minus diverſæ nuncupationes heredum ſeparatim factæ, in eadem charta ſcribantur, nihil vetat, quia ſcriptura ibi tantum ad probationem, non eſſentiam actus pertinet. Magis tamen adſentiendum Viglio videtur, ſubtilitatem & unitatem contextus non permittere, ut diverſæ voluntates conjungantur, nec trahendum in conſequentiam, quod de ſubſtitutione pupillari ſcriptum eſt, patris & filii teſtamentum pro uno haberi, in *l. 20. de vulg. & pup. ſubſt.* quod nec applicari noſtræ quæſtioni poteſt; cum unus duntaxat ibi ſit teſtator & unius voluntas, etiamſi duo heredes; Duplex *quodammodo* in pupillari ſubſtitutione teſtamentum eſſe, ait Imp. in *§. 2. I. de pup. ſub.* ſed revera eſt unum, quia pupillare pars & ſequela paterni eſt, adeo ut ſi Patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valere queat, ut docetur *§. 5. eod. tit.* quod longe aliter ſe habet, ubi duo ſibi mutuo non ſubjecti pariter ſunt teſtati. Tunc enim revera duo eſſe Teſtamenta, non modo ex diverſitate teſtatorum, ſed etiam ex effectu liquet. In id enim Doctores conſentiunt, alterum ſine altero novum condere poſſe teſtamentum, ac ita derogare priori, quod pro parte tamen alterius valere pergit; atqui, ſi unum eſſet, neceſſario totum per poſterius rumpi debebat; idque ipſum argumento eſt, uno non ſubſiſtente, alterum tamen ſubſiſtere poſſe, quod ſecus erat in pupillari. Igitur ubi duo ſunt Teſtamenta, ibi non poteſt eſſe unus con-

(z) *Poſ. 41.* (a) *Poſ. 7.*

contextus. Quod alia adhuc ratione probari videtur; nam in propoſito caſu fieri poteſt, ut unus teſtator contextum exacte obſervet, alter eum interrumpat, vel extraneos actus immiſceat; Quid enim ſi unus teſtes rogaverit, alter non, aut fundum unus vicino vendiderit, alter nihil tale fecerit? utrum dicemus totum, an pro altera tantum parte vitiari teſtamentum? Si pro parte dicas, id haud dubie a ratione juris Romani abhorret, ut e ſcriptura teſtamenti non jure completa ſolemnibus defecta, heres exiſtat. Nec tamen, quod omnino corruat, ſtatuendum videtur, quia verum eſt, unum teſtatorem ita eſſe teſtatum, ut omnia juris requiſita examuſſim ſervarit. Utrumvis autem decernas, id perſpicue apparet, non poſſe unum in teſtamento dici contextum, ubi unus ſervavit, alter violavit ſuum contextum. Ac ita quidem jure civili videtur: ſed Doctores & uſus populorum notiſſimus contrarium recepit, ut Peckius *d. c. 19.* probat.

20. (b) Atque ita Romani voluntates ſuas in ſcriptis ordinabant. Poterat autem quisque, & poteſt etiamnum condere teſtamentum nuncupativum, in quo ſolennia de teſtibus, unitasque contextus eadem, quæ in ſcripto, obſervantur, *l. 21. §. 2. C. eod. §. ult. Inſt. h.* Tantum voluntas Teſtatoris clara voce pronunciatur, & conſequenter ſolennia, quæ ſcripturam comitantur, in eo ſecundum *dd. ll.* ceſſant. Celeriorem hanc eſſe teſtandi rationem, ſatis apparet, eaque eſt unica pene ratio, propter quam uſurpari ſolet, ac ſolebat, quando nimirum repentina vis morbi ſpatium non relinquit ſcripturam conficiendi, omniaque ſolennia adhibendi, uti de Horatio ſcribit Suetonius in ejus vita *in fine; Deceſſit &c. herede Auguſto palam nuncupato; quum urgente vi valetudinis non ſufficeret ad obſignandas teſtamenti tabulas.* Plerumque autem poſt conſummatum teſtandi actum, declaratio teſtatoris in mundum redigitur, teſtiumque ſubſcriptione munitur, vel eorum apud acta examinatio inſtituitur, ut depoſitiones publico inſtrumento inſerantur, qua de re Schneidewinus *ad hunc §.* tractat. Satis autem conſtat, ejusmodi ſcripturas non eſſe teſtamenta, ſed probationi duntaxat inſervire, adeoque teſtamentum eſſe atque manere nuncupativum. Nihil tamen obſtat, quo minus Teſtamentum aliquando, & ut ſcriptum, & ut nuncupativum valere poſſit; primo, ſi heredem quidem ſcribat, legata vero aliaque teſtamenti capita voce viva nuncupet, *l. ult. de Codicill.* Dein, ſi teſtator primo coram teſtibus heredem clare nominet, ac cætera, quæ voluerit, declaret; tunc eodem contextu voluntas nuncupata in Tabulas redigatur, cui teſtator ipſe teſtesque ſubſcribant: quo caſu, ſi teſtatorem antequam ſcriptura perficiatur, exſpirare contingat, diſpoſitio tamen ut nuncupativa valebit; in quem finem congruere poteſt clauſula, quam vulgo notarii inſerunt Teſtamentis, ut ſi tanquam ſcripta valere nequeant, ſaltem ut nuncupativa ſubſiſtant. Tametſi & tunc eam adjicere ſoleant, quando voluntas teſtatoris ignota teſtibus, ſecreto a Tabellione ſcripto comprehenditur, etiamſi tunc inutilis videatur. Neque enim fieri ullo modo poteſt, ut Teſtamentum pro nuncupativo habeatur, ubi Teſtes heredis nuncupationem nullam audiverunt, & quis ille ſit, ignorant. Quanquam ſunt, qui ſcribant, Teſtamenta in foro omnia nuncupativa cenſeri, etiam quibus clauſis in dorſo inſcriptum eſt a Notario coram teſtibus, voluntatem teſtatoris ſupremam iis contineri. Imo ſi moriatur teſtator, antequam voluntas ſoli Notario cognita in ſcripturam fuerit redacta, vel ab ipſo, teſtibus & notario ſubſcripta, nihilominus ſuſtinebitur, ait D. Voetius *ad hunc §.* multosque in eam rem auctores citat, quorum tamen plerique id iis in locis non agnoſcunt. Sandius tamen noſter *l. 4. tit. 1. defin. 9. in fin.* ſcribit, eam eſſe Doctorum ſententiam, ſcriptum teſtamentum profeſſione Teſtatoris, quod ſcriptura teſtibus exhibita voluntas ſua contineatur, *ſuſtineri tanquam nuncupativum, quaſi nuncupatione implicita facti*, quod quam ſit alienum a Jure Civili, facile ex ſuperioribus intelligitur. Talis enim profeſſio tantum abeſt ut ex ſcripto nuncupativum facere queat teſtamentum, uti proprium quoque ſit requiſitum ipſius ſcripti, *l. 21. C. h. t.* Jam quid monſtri eſt, ſpeciale atque neceſſarium Teſtamenti ſcripti requiſitum id efficere, ut jure nuncupativo ſuſtineatur; Si a Doctorum opinione, qui Romanam teſtandi rationem penitus per inſcitiam magis, quam mutatos ſeculi mores aboleverunt, (ut toties queritur Viglius,) non videatur alienum, apud nos ſane, qui Juris civilis requiſita prope omnia ſervamus, ſententia illa vix tolerabilis videtur. Saltem improbatum eſſe a Curia noſtra Teſtamentum, quod Teſtator a

(b) *Poſ. 43. 44.*

Nota-

Notario ſcribi juſſerat, ſed cui hora fatali præventus nec ipſe neque teſtes ſubſcripſerant, tametſi jam calamum coram teſtibus manu teneret, & clauſula nuncupativi ineſſet, aliquandudum, ſententia pronunciata, intellexi. Poſtremo ſciendum, Teſtamenta ſecundum loci, in quo facta ſunt, conſuetudinem rite facta, ibique etiam, ubi diverſæ ſolennitates requiruntur, valere ac effectum habere, tam quod ad mobilia quam immobilia bona, ut eleganter probat Sandius *d. lib. 4. tit. 1. defin. 14.*

Tit. XI.

De Militari Teſtamento.

De Teſtamentis privilegiatis in genere. De Teſtamento militari, ejusque ratione privilegii. Requiſitum fundamentale teſtam. milit. De Veteranorum teſtam. & ante milit. factis. Cur minima cap. diminutione non tollatur milit. teſtam. De teſtam. ſuper peculio quaſi caſtrenſi.

(a) HUcusque de teſtamentis ſecundum juris ſolennia factis. At ſciendum, proditas eſſe legibus ſpecies ultimarum voluntatum, quas ob graviores rationes placuit ſolvi quibusdam, aut omnibus illis requiſitis, ad impediendas fraudes, quæ nec alibi frequentius quam circa teſtamenta olim committebantur, excogitatis; adeo ut Lex Cornelia de Falſis *Teſtamentaria* exinde nuncuparetur, *§. 7. Inſt. de publ. jud. l. 30. pr. ad L. Corn. de Falſ.* Certæ ſolennitates remittuntur *primo* in teſtamentis ruſticorum omniumque ruri habitantium, quæ ſubſiſtunt cum ſignis & ſubſcriptione quinque teſtium, imo ſignis etiam ſolis, ſi literarum periti, ut fit in agro, haberi nequeant, *l. ult. C. de Teſtam.* Dein Teſtamenta tempore peſtis facta valent, etiamſi teſtes *metu contagionis*, *διὰ τὸ μὴ τῆς νόσου μεταλαβεῖν*, ut Baſilici, non pariter, ſed alii poſt alios advocati fuerint; de numero autem teſtium *convenienti*, habet textus, aliisque ſolennibus nihil eſt remiſſum, *l. 8. C. de teſtam.* quod ſecus eſt in foro, * Sand. *lib. 4. tit. 1. defin. 4.* Omnes ſolennitates remiſſæ ſunt in teſtamento, quod Principi oblatum, & quod apud acta judicii conditum eſt, *l. 19. C. de teſtam.* idem in eo, quod parentes utriusque ſexus inter liberos fecere, tam emancipatos quam ſuos, primi, vel ulterioris gradus (Sand. *d. tit. 1. defin. 6.*) *l. 21. §. ex imperfecto. C. de Teſtam. & Auth. ſeqq. ex Nov. 107. c. 1.* denique auctoritate Juris Canonici, (quod duobus teſtibus ubique cum Parocho contentum eſt, *cap. cum eſſet. 10. X. de Teſtam.*) receptum eſt, quod ad Teſtamenta ad pias cauſas, de quibus eſt *cap. relatum. 11. eod. tit.* Schneidew. *ad §. 5. h. in fine*, Tiraq. *de privil. piæ.* de quibus ad Pandectas plenius *in loco.*

2. (b) Omnium autem maxime privilegiatum eſt militare Teſtamentum. Quia non modo absque ſolennitatibus in actu teſtandi adhibendis valet, ſed & alia multa contra regulas juris communis militibus indulta ſunt, qualia ſunt, quod miles plura poſſit facere teſtamenta, quæ omnia valent, *l. 19. & l. 35. de milit. teſtam.* impune præterire liberos, *l. 9. C. eod.* quod nec teſtamentum ejus querela inofficioſi reſcindatur, *l. 27. §. 2. de inoff. teſtam.* deportatum ſcribere poſſit heredem, modo, cum miles moritur, ſit reſtitutus, *l. 13. §. 2. de Teſt. mil.* quod denique teſtatus partim, partim ac inteſtatus decedere poteſt, *l. 6. eod.* Quæ omnia nimis quam aliena ſunt a teſtamentis PAGANORUM; qua voce omnes, qui milites non ſunt, intelligi, nihil toto jure tritius; idem apud Suetonium *in Auguſto cap. 27. & Galba cap. 19.* Plinium Secundum *lib. 7. epiſt. 25.* Tacitum *1. hiſt. 53. l. 2. c. 14. c. 88. & l. 3. c. 43. & 77.* Ratio appellationis nobis videtur, quia milites emeriti caſtris valedicentes, ab Imperatoribus in pagis

* Jure Saxon. in teſtamento tempore peſtis condito, duo aut tres teſtes, licet non conſociati, *v. Dec. El. 46.* ſufficiunt, dummodo aut ipſe teſtator peſte laboret, aut domus, in qua eſt, contagium ſentiat, *P. 2. C. El. 4.* ibique Carpz. *Def. 4. n. 1.* Finckelthauſ. *Obſ. 7. n. 6.* Philipp. *ad Dec. El. 46. Obſ. 1.* Diſſ. Moller. *ad d. C. El. n. 1. ſeq.* Interim etiam in hoc teſtamento hæredis inſtitutionem neceſſariam, eaque omiſſa teſtamentum eſſe invalidum, exceptis legatis ad pias cauſas aliisque, docet *d. Dec. El. 46.*

(a) *Poſ. 1.* (b) *Poſ. 4.*

ad colendos agros ſibi donatos collocabantur; Unde pagani, qui militare deſierant, & producto vocis uſu omnes ἀπόλεμοι & ἀςράτευτοι.

3. (c) Ratio indulti militibus privilegii, redditur a Juſtiniano *in pr. de Milit. Teſtam. Propter nimiam imperitiam eorum*, qui tamen potius color, quam ſolida ratio videtur. Quippe ſecundum hanc milites quoque in ædibus, vel in ſedibus, id eſt, præſidiis ſuis atque hybernis, idem privilegium obtinerent, quoniam ibi nihilo peritiores ſunt, quod tamen negatur *eodem princ.* ubi locus privilegio duntaxat eſt *in expeditionum neceſſitate;* extra quam milites obſervatione juris communis obſtricti ſunt, ut pagani, *in fine d. princ.* Unde liquet, veram rationem petendam eſſe ex laborum & periculorum functione, juſtaque occupatione armorum, qua militibus in procinctu ſtantibus, minime eſt integrum adhibere tot prolixas & curioſas ſolennitates, ſed in hybernis agentes conſulendi peritiores copia non carent, ideoque nec juris ignorantiæ tum probabilis excuſatio habetur, *l. 9. §. 3. de jur. fact. ignor.* Eadem ratio efficit, ut omnibus, qui in hoſtili ſolo verſantur, nec tamen ſervi ſunt hoſtium, eadem libertate teſtari liceat, quomodo velint & quomodo poſſint, *l. un. pr. de bon. poſſ. ex teſtam. mil.* ubi & hoc ex *§. 1.* diſcimus, milites tam navales quam legionarios, etiam remiges & vigiles, gaudere hoc privilegio. Proinde, cum pro hodiernis militibus eædem rationes, quæ pro Romanis, militent, nulla cauſa eſt, cur non perinde noſtri ſine ullis ſolennibus ſuprema ſua ordinare poſſint, neque aliter in praxi ſervatur, teſte Gailio *2. obſ. 118.* Gudelino *5. de jure noviſſ. cap. fin. n. 8.*

4. (d) Solennitatibus igitur cunctis in militari teſtamento remiſſis, nihil requiritur, quam ut certo conſtet, quid miles voluerit, & quod ſerio, quæ dixit, animoque teſtandi voluerit. Nam ſi quis fortuito ſermone miles jactaverit, ſe aliquem facere aut facturum heredem, id pro teſtamento minime obſervandum eſſe, Trajanus ſancivit in *§. 1. h. t.* ad arguendam ſine dubio avaritiam anteceſſoris ſui Domitiani, captare ſoliti hereditates hominum, qui vel uno teſte probari poterant aliquando dixiſſe, heredem ſe facere Imperatorem, narrante Suetonio in vita ejus *cap. 12.* cujusmodi captatio improbatur in *l. ult. ff. Qui teſtam. fac. poſſ.* Sufficit autem de voluntate ſeria animoque teſtandi conſtare ea certitudine, quæ in omni probatione eſt neceſſaria. Proinde ſi militis ipſius ſcriptura proferatur, quam propriam ipſius eſſe non dubitatur, dicendum eſt, ſine ullis teſtibus valere illud Teſtamentum, idemque erit, *ſi quid in vagina aut clypeo literis ſanguine ſuo rutilantibus adnotaverint*, ut legimus in *l. 15. C. h. t.* imo ſi quid *in pulvere*, addit Imp. *inſcripſerint gladio ſuo:* cujusmodi tamen adnotatio deſideratam certitudinem difficulter præſtare poterit, ſi nulla teſtium præſentia ſcientiaque ſublevetur: vix enim foret, ut perſpicue diſcerni poſſet, utrum a moribundo milite, an ab alio literæ pulveri eſſent impreſſæ. In nuncupativo ſane militis Teſtamento, duobus ad minimum opus eſſe teſtibus, docet Trajanus in *d. §. 1.* ubi, *convocatis hominibus*, tot ſcilicet, quot ad probationem rei geſtæ conficiendam jure communi deſiderantur; At ubi numerus teſtium non adjicitur, ut hoc loco, etiam duos ſufficere, Ulpianus reſpondit, eo quod pluralis elocutio duorum numero contenta ſit, *l. 12. de Teſt.* (e) Jam quod privilegii loco militibus imputatur, etiam mutos & ſurdos eorum condere poſſe teſtamenta, id vix uſum aut locum privilegii habere videtur, poſtquam omnes muti ſurdique hanc facultatem adepti ſunt, modo voluntatem ſuam muti ſcribendo, ſurdi loquendo exprimere poſſint, *l. 10. C. qui teſtam. fac.* quod nec aliter de militibus intelligendum; quia nec fingi poteſt, teſtamenti factionem illis, qui animi ſententiam declarare nequeunt, convenire; quales plerumque cauſaria miſſione militum numeris eximuntur, ut Theophilus notat; poſt miſſionem autem militariter eos non poſſe teſtari, id monere, quod facit Theophilus, ſuperfluum eſt.

5. (f) Siquidem de omnibus veteranis, hoc eſt dimiſſis e militia, traditum eſt, ſi teſtamenta condere velint, ea communi jure fieri debere, *§. 3. h. t.* Erant autem veterani apud Romanos poſt Auguſti tempora duplices, exauctorati & dimiſſi. Exauctorationis ea vis erat, ut milites ſacramento ſolverentur, ſignis aquilisque ademptis, non tamen dimitterentur protinus, ſed ſeorſim in exercitu agerent ſub uno aliquo vexillo, immunes a labore, vigiliis, excubiis & omni munere caſtrenſi, excepta pugna in hoſtem. At

(c) *Poſ. 2. 3.* (d) *Poſ. 5. 6. 7.* (e) *Poſ. 8.* (f) *Poſ. 9.*

plenæ

Digitized by Google

plenæ miſſionis effectus, ut ſtatim ab exercitu caſtriſque demum, aut in colonias irent, præmiis acceptis, agriſque, quos colerent, aſſignatis: Exauctoratio poſt ſedecim ſtipendiorum annos fiebat; miſſionis plenæ tempora diverſa & incerta erant, ut Tacitus *lib. 1. Annal. ibidemque* Lipſius tradunt. Et hæc erat honeſta exauctoratio atque miſſio; Alia fuit ignominioſa tam miſſio quam exauctoratio, item cauſaria, ob valetudinem vitiumque animi vel corporis, de quibus in *l. 2. de his, qui infam. not.* Quocunque genere miſſionis miles eſſe deſierit Teſtator, privilegio caſtrenſi excidebat; præter honeſte exauctoratos, & ſub vexillo agentes, qui cum vere milites eſſent, privilegia quoque militaria merito uſurpabant. Sed de teſtamentis jure militari a militantibus factis, quæſtio incidebat, an ea poſt miſſionem protinus valere deſinerent. Hoc cum durum, nec tamen juri conſentaneum videretur, ut qui pagani dudum fuerant, cum Teſtamento imperfecto decedentes heredem inde haberent, placuit anni ſpatium veteranis plena vel cauſaria miſſione potitis indulgeri; intra quod, ſi poſt relicta caſtra morerentur, teſtamenta eorum valerent, diutius ſi viverent, infirmanda; quod utique de his, qui ignominiæ cauſa miſſi erant, non accipiendum, *l. 26. pr. & §. 1. b. t.* neque de illis, qui ſucceſſoribus acceptis militare deſinunt, ut præfecti, tribuni & ſimiles, *l. 21. b. t.* quia verba conſtitutionis tantum de miſſione loquuntur, ideoque ſic ſtatuendum ait Africanus, ***quantum ad verba legis***, ſubindicans ex mente & ſententia ſecus ſtatuendum. Cur enim duces & præfecti, qui æque diſcrimina belli adeunt, minori jure quàm caligati gauderent? Cæterum adeo teſtamentum, cum intra annum a tempore miſſionis teſtator eſt mortuus, valet, ut nec aliter obtineat, ſi forte conditio heredis inſtitutioni adjecta ſub anni finem adhuc pendeat, ac poſtea demum exiſtat, *d. §. 3. in fin.* quia conditio exiſtens facile ad principium actus, cui adjecta eſt, retrahi poteſt, *l. 16. de Condit. inſtit.*

6. (g) E contrario, ſi quis Paganus teſtamento neglectis ſolennibus juris condito, militiæ poſtea nomen dederit, quærebatur, an hoc Teſtamentum valeret, ſi poſtea miles factus moreretur; Affirmat Imperator, ſi novum aliquod voluntatis argumentum, quo conſtet, militem illud prius teſtamentum valere voluiſſe, editum fuerit, idque dum erat in expeditione, ſit declaratum, *§. 4. b. l. 20. §. 1. & l. 25. b. t.* Quod enim Ulpianus in *l. 15. §. 2. eod.* nihil aliud hoc caſu exigere videtur, *quam ſi militis voluntas contraria non ſit*, capiendum de hypotheſi, qua teſtator aliquod ſignum novæ voluntatis edidit: Hæc renovata voluntas, vel confirmat prius teſtamentum, vel contraria eſt; *ſi non ſit contraria*, confirmat: ac ita his verbis confirmatio expreſſa infertur. Proinde ſi nihil fecerit aut dixerit miles, teſtamentum ante militiam imperfecte conditum ad privilegia militum non pertinet, ait Julianus in *d. l. 20. in fin.* ideoque *lex 15. §. 2.* explicanda eſt ex hac *l. 20. & l. 25. & §. 4. b. t.* tanquam clarioribus & expreſſis textibus; minime vero hæc capita legum interpretanda ex *d. l. 15. §. 2.* ut vult D. Voetius *ad d. §. 4. b. t.*

7. (h) Porro, quia patria poteſtas non obſtat militi, quo minus de bonis caſtrenſibus teſtari poſſit, ut mox *latius*, ſequitur, militem quoque arrogatum, non modo novum condere poſſe teſtamentum, ſed etiam hoc quod fecit, non infirmari, *§. 5. b. t.* Sive enim conſideremus poteſtatem Arrogatoris in perſonam militis, ſive in bona ejuſdem, neutra in hoc comparata eſt, ut officere queat Teſtamento, quia, inquam, jus condendi habet Teſtamenti ſub poteſtate conſtitutus: bona caſtrenſia ad facultatem juris Patrii nulla ratione pertinent, multo minus emancipatio filiifamilias militis, evertit teſtamentum; Si enim hoc, cum Patri ſubjectus eſſet, valuerit, quid obſtat, quo minus e manu dimiſſo illo, ſubſiſtat? Tu dices, ſi nihil obſtet, ut revera nihil apparet, cur igitur in textu id monetur, teſtamentum militis per emancipationem ***irritum fieri non videri?*** Hærent Interpp. & ſunt, quibus locus inextricabilis videtur, culpandusque Tribonianus ut minus *accurate & incongrue locutus*, ait D. Voetius. Sed ratio, per quam putari poteſt, teſtamentum emancipatione irritum fieri, eſt, quod per minimam capitis diminutionem, miles in imaginariam ſervilem cauſam deductus fuerit, *l. 3. §. 1. de cap. dim.* per quam teſtamentum infirmatur, *l. 11. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab.* ut in loco videbimus; at huic ſcrupulo occurrit Imperator in *d. §. 5. b.* & JC. in *l. 22. eod.* valere ſcilicet militis teſtamentum, quaſi ex nova ipſius voluntate; nec ſane mirandum, ſi cui tot graviſſima legum requiſita indulgentur, huic imaginaria quoque ſubtilitas juris remittatur.

(g) *Poſ. 10.* (h) *Poſ. 11.*

7. (i) Exemplo militum quoſdam togatos quaſi-milites appellari, notum, & alias intellectum eſt, qua de re elegans comparatio extat in *l. 14. C. de Advoc. diverſ. jud.* Hinc peculium quaſi-caſtrenſe, & jus ejus militari peculio ſimillimum, *ſupra* vidimus in loco. Sed ibi quidem comparatio illa, quod ad adminiſtrationem inter vivos, tractata fuit: hic etiam de ultimis voluntatibus additur; filiosfam. de peculiis quaſi-caſtrenſibus condere poſſe teſtamenta, quia hactenus pro patribusfam. habentur; ſed quia in illis ceſſant pericula & occupationes caſtrorum, ideo ſolennitates juris communis, æque ab iis ac aliis civibus Romanis, obſervandæ ſunt, *§. ult. h. l. ult. C. de Inoff. teſt.* Qui textus inſuper docent, non ideo tantum filiosfam. de bonis quaſi-caſtrenſibus habere jus teſtandi, quod ea pleno jure ſint ipſorum, ſed lege ad hunc effectum opus eſſe expreſſa; quia poſtquam caſtrenſia peculia filiisfam. dudum propria facta fuerant, jus tamen teſtandi certis duntaxat ordinibus dabatur, ut conſulibus, præſidibus, aliisque in eminentiori dignitatis gradu poſitis, non patronis cauſarum, magiſtris bonarum artium, ſimilibusque: donec Juſtiniani conſtitutione generali his etiam proviſum, conceſſumque jus libere & indiſtincte de bonis hiſce teſtandi. Quod ideo reſtringendum non videtur, ut D. Voetius exiſtimat *Comment. ad hunc tit. in fine*, qui illam teſtamenti factionem non debere concedi putat *filiisfam. niſi in quantum ſunt quaſi in expeditione togatorum, id eſt, ubi legunt, vel docent, vel conſulunt, vel patrocinantur, vel aliis fungentes muneribus ſuis laboribus prodiſſe conantur.* Hæc enim limitatio rationem haberet, ſi filiofam. de quaſi-caſtrenſi absque ſolennibus teſtari liceret, ut militibus. Nunc cum teſtandi poteſtas, a lege tanquam effectus pleni dominii ſit conceſſa, ſequitur, omnes, qui habent quaſi-caſtrenſia, ſimpliciter de illis teſtari, quanquam actu forte militiam togatam exercere deſierint, neque opus eſt, excipere deſides, qui nomine tenus ſunt Advocati: vix enim eſt, ut tales peculium quaſi-caſtrenſe, quod non niſi labore paratur, acquirere poſſint; ſi tamen ſunt, excipiendi fuerint a privilegio.

Tit. XII.

Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum.

Cauſa prohibitionis prima, defectus ſtatus. Vitium animi. Vitia corporis. Improbitas.

(a) EX ea exceptione, quod Filiifam. de veris & quaſi-caſtrenſibus jure teſtari queant, intelligitur, regulam eſſe, quod alioqui non poſſint. Neque illi duntaxat, ſed omnino tres cauſæ, totidemque hominum ordines ſunt, quibus teſtandi jus interdictum eſt. Etenim alii propter defectum ſtatus, (ita rectius dici, quam ob capitis diminutionem, ut eſt in *poſit.* 1. monet Scholiaſtes noſter,) alii propter vitium animi vel corporis, quidam ob improbitatem prohibentur. Status cum triplex ſit, maximus, medius, minimus, totidem inde prohibitiones oriuntur. Ob defectum maximi ſtatus, id eſt libertatis, vetantur ſervi, tam vernæ & mancipia, quam qui pœnæ ſervi * dicuntur, *l. 8. §. ult.* π. *Qui teſtam. fac.* item qui in hoſtium poteſtate ſunt, *l. 8. in pr. eod.* quorum quæ apud hoſtes condiderunt, teſtamenta non convaleſcunt, etiamſi redierint, *§. ult. h.* quod ſecus obtinere de teſtamentis in hoſtili ſolo ab iis, qui captivi non ſunt, factis, diximus *ſupra*, & probatur ex *l. un. de poſſ. ex teſt. mil.* Quod etiam ante captivitatem a cive conditum fuerat, id per ſecutam conditionem ſervilem minime fit irritum: Nam ſi manus hoſtium evaſerit, reverſusque in civitatem ſit, valet teſtamentum fictione juris poſtliminii; ſi mortuus ſit, ſucceſſiſſe heredes ſcripti cenſentur, exinde quo captus & civiliter mortuus fuit teſtator, juxta quam Lege Cornelia cautum, *d. §. ult.* plura de poſtliminio & Cornelia lege, vide ſupra *lib. 1. tit. 12.* (b) Propter defectum medii ſtatus, juris ſcil. civitatis, teſtandi jus negatur deportatis, exſulibus, peregrinis, *l. 8. §. 1. & 2. Qui teſt. fac. poſſ. l. 1. ad L. Falcid.* item obſidibus, niſi a principe jus teſtandi, vel uſum togæ Romanæ impetraverint, *l. 11. Qui teſt. fac. l. 32. de jure fiſci.* Mo-

* Ad mortem damnatus teſtamenti factionem activam adhuc habet, quod præter univerſalem ferme Germaniæ obſervantiam, in Saxonia *P. 3. C. El. 6.* confirmat, dummodo tale delictum haud commiſerit, quod præter ultimum ſupplicium, bonorum confiſcatione multatur. *d. C. 6.*

(i) *Poſ. 11.* (a) *Poſ. 1. 2. 3.* (b) *Poſ. 4. 5.*

ribus

ribus hodiernis, ſublata ſervitute, ſtrictoque civitatis jure, quale Romanum erat, neque captivi apud hoſtes, nec obſides, nec peregrini, a teſtandi jure excluduntur.

2. (c) Propter minimum ſtatum, prohibentur Filiifamilias, *pr. h. t. l. 6. pr. D. eod.* Ratio ab Ulpiano redditur in *tit. 20. §. 9.* quoniam nihil ſuum habent, de quo teſtari poſſint; ex qua ſequi videbatur, filiosfamilias de rebus, quæ pleno jure propriæ ſunt ipſorum, condere poſſe teſtamenta: quod tamen negandum eſſe, modo probavimus ex *l. ult. C. de inoff. teſtam.* idemque luculenter patet ex *l. pen. C. Qui teſtam. fac. poſſ.* Ratio ſcilicet illa cauſam Decemviris dedit, ut lege XII. T. caverent, *Paterfamilias uti rei ſuæ legaſſit, ita jus eſto, l. 120. de V. S.* Sed non ſemper, quod ſemel auctoritate legis ſancitum eſt, ceſſante ratione, quæ legem introduxit, vim ſuam amittere, multa argumento ſunt: Teſtamenti ſane factio, poſtquam Lege XII. T. ſtabilita eſt, ita juris publici habita fuit, ut ne Patre quidem conſentiente filiusfam. teſtari potuerit, quia lege antiqua excludebantur a teſtando, nec ulla nova admittebantur, *l. 6. h. t. & l. 25. §. 1. de donat. m. c.* Tantum de bonis caſtrenſibus & quaſi-caſtrenſibus, extant conſtitutiones expreſſæ, quæ filiisfamilias ultimarum voluntatum facultatem concedunt, *pr. Inſt. h. t. d. l. ult. C. de inoff.* De adventitiis igitur cum nullæ dentur Leges, certum eſt, non licere filiofam. de iis teſtari, ne quidem de hiſce, quorum proprietas ad ipſum pleno jure pertinet, quoniam legis ſuffragio deſtituimur. Nam quæ objiciuntur legum capita, ab aliis refutata ſunt, de quibus vide Bronchorſt. *3. controv. 21. & 2. miſcell. 17.* Fachin. *5. controv. 49.* Bach. *vol. 2. diſp. 10. th. 2. ad Treutl.* item in *tract. de action. diſp. ult. 2. coroll.* Præcipua difficultas objectionis, eſt *in l. ult. §. filiis autem. famil. C. de bon. quæ lib.* Nam quod in *Nov. 117. c. 1. §. 1.* habetur, filiofam. de bonis, quorum uſusfructus Patri non quæritur, licere *quovis modo diſponere*, facile refellitur, cum ex proprietate verbi διοικεῖν, quod eſt in textu originali, atque ſignificat *adminiſtrare*, tum ex requiſito *perfectæ*, & excluſione minoris ætatis, quam eſſe 25. annorum, nec in teſtamenti factione requiri, conſtat. Sed in *d. l. ult.* ſic habetur; *Filiis autem familias in his duntaxat caſibus, in quibus uſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus, teſtari permittimus &c.* Ergo de his, quorum uſusfructus ad Patrem non pertinet, teſtari licebit. Hanc conſequentiam præcidit alia Conſtitutio expreſſe in hanc rem lata, quæ eſt *in l. pen. C. Qui teſtam. fac.* ubi antiqua lex, de prohibitione teſtandi, non obſtante conſtitutione *de bonis quæ liberis.* adhuc durare dicitur, extra caſus, quibus olim ſpecialiter teſtandi facultas filiisfamiliarum data eſt. Verba igitur negativa *d. l. ult.* vel ab excluſione concludens argumentum, heic non ſufficit, opus eſt ſanctione nominatim teſtamenti factionem tribuente, quæ non eſt in *d. l. ult.*

3. (d) Sequitur ſecundus eorum ordo, qui teſtari prohibentur, quos inter ob animi vitium impuberes, furioſi & prodigi, *§. 1. h. t.* Impuberes prohiberi dicuntur, quia nullum eorum animi judicium eſt; Ex quo tamen cave colligas, puerum ante pilos ſolertem, & proximum pubertati, condere poſſe teſtamentum; neque enim quoties in particularibus ratio ſanctionis ceſſat, continuo vis quoque ceſſat ejusdem; ut alias dictum: Et quidem hac in re Lex nominatim requirit, ut teſtator annum quartum decimum compleverit, tamen ut exceſſiſſe non ſit opus. Proinde qui Kalendis Martiis natus eſt ultimo Februarii anni XIV. elapſo, ſtatim poſt mediam noctem jus conſequitur teſtandi, *l. 5. Qui teſt. fac.* Porro furioſi prohibentur, *quia mente hærent*, ait Imp. Unde apparet, non modo eos, qui rabie animi agitantur, ſed omnes mente penitus captos & ad omnia cæcutientes, prohiberi: ſimpliciores autem & ſtupidiores, qui poſſunt mediocritatem officiorum, & vitæ communem cultum atque uſitatum obire, a jure teſtandi non excluduntur, qua de re videatur Sand. *lib. 2. tit. 1. definit. ult.* In hoc autem differunt furioſi a dementibus, *(l. 2. de Inoff.)* quod hi cæcitate animi continua absque intermiſſione laborent, illi vero per intervalla quiete aliqua inumbrentur, quin & longiore aliquando rationis uſu fruantur. Cum dilucidæ ſunt remiſſiones, omnia gerere poſſunt ὡσανεὶ σωφρονοῦντες, *taquam ſapientes*, ideoque & facere teſtamenta, *n. l. 9. C. Qui teſt. fac.* & teſtes in aliorum teſtamentis adhiberi, *l. 20. §. 4. D. eod.* Id vero facile intelligitur, teſtamentum ab homine ſanæ mentis & boni moris conditum, ſuperveniente furore, aut luxuria, atque interdictione bonorum, vitiove corporis, nullo modo vitiari, *l. 6. §. 1. & l. 18. eod.*

(c) *Poſ. 7. 8.* (d) *Poſ. 9. 10.*

eod. quanquam ſi ſtatus teſtatoris capitis diminutione mutetur, teſtamentum prius factum valere deſinit, *l. 6. §. 5. & ſeqq. de injuſto rupto teſtam.* qua de re infra ad *§. 4. Quib. mod. teſtam. infirm.* furioſis æquantur fere per omnia prodigi, nominatim quoque in prohibita teſtamenti factione, *§. 2. h. t. l. 18. D. eod.* Quia tamen prodigus mente non caret, ſed corrupto ſolet eſſe judicio, & ſuis, quorum opera bonis ei interdictum eſt, infeſto, hinc ſi re ipſa contrarium oſtendat, feceritque teſtamentum, in quo & ſanguini æquum honorem habuerit, piasque in cauſas legata reliquerit, adeoque ita, ut hominem ſiccum ſobriumque decet, teſtatus ſit, Leo Imperator in *Nov. 39.* voluit ejusmodi Teſtamentum approbari, quam limitationem ut perhumanam Practici laudare videntur, ut tradit Sandius *lib. 2. tit. 1. definit. 3.* ubi & aliud, quod faciliorem mereatur aſſenſum, docetur; ſi cui luxurioſo propterea ab propinquis curatum ſit bonis interdici, ne teſtamentum facere, aut mutare poſſit, ejusmodi interdictionem, ut in fraudem juris factam, bonisque moribus contrariam, nullo modo infringere teſtandi libertatem.

SCHOLIUM.

De hoc tamen non immerito dubitare liceret, arg. l. 12. verſ. Prætor. de J. & J. l. 207. de R. J. *Conſ. Strauch.* IX. 8. ibique notata pag. 106. *& in formato a Sande caſu aliæ inſuper adſunt* circumſtantiæ.

RESPONSIO.

Sandius adducit duas rationes ex facto, utramque a nobis heic collocatam. In ultima, quæ Scholiaſtæ diſplicet, fundat inprimis deciſionem. Alteram, quæ a nobis priore loco poſita eſt, addit quidem: Sed eam minime tamen validam eſſe, mox oſtendemus. De ea, quam Scholiaſtes notat, ratione nihil dubitandum videtur. Textus ab eo allegati nihil habent, niſi rem judicatam pro veritate, conſequenter prodigum declaratum pro tali ſemper habendum. Atqui legibus & ſententiis nihil derogat, qui ſic ait; Eos, qui in fraudem legum & ſententiarum agunt, earum fructu non gaudere; judicis eſſe cavere, ne malitiis indulgeatur. Si fraus Senatus adhibita ſit conſulto, ceſſare SC. docet Ulpianus in l. 7. §. 3. ad SC. Macedon. *Quo minus id decreto prodigi declarati applicetur, nihil obſtare poteſt.*

N. ADDIT.

Ea, quæ in fraudem legum & ſententiarum fiunt, item SCtorum, parum apte huc applicantur: Talia enim præſupponunt exiſtentiam legum, ſententiarum, SCtorum, l. 29. 30. de LL. *At fraus, de qua loquitur Autor, præcedit ſententiam, nec propterea eam ipſo jure reddit irritam, cum Prætor etiam inique jus dicens, jus tamen dicere prædicetur,* l. 11. de J. & J. *Deinde petitur id quod eſt in principio quæſtionis, cum ſupponitur, quaſi propinqui, qui luxurioſo (de hoc enim diſerte loquitur Autor in præcedentibus. Aliud forte foret, ſi homini frugi, per calumniam propinquorum & colluſionem cum Judice, bonis fuiſſet interdictum, ne teſtamentum faceret,) curarunt bonis interdici, ne teſtamentum faciat, fraudem commiſerint. Quid enim fraudis eſt, conſervare mediis legitimis ſucceſſionem, quæ a lege debetur? Nec credo, vocaſſet hoc fraudem Autor, niſi ſupra cum Grotio docuiſſet, teſtamenti factionem eſſe Juris Naturæ & Gentium, quod tamen falſum eſſe, docui nuper peculiari diſſertatione* de origine ſucceſſionis teſtamentariæ.

4. Verum Sandius addit rationem *aliam*, ex Novella Leonis Philoſophi XXXIX. qui reprehendit veteres, quod acta geſta mortis cauſa, vel inter vivos, prodigorum indiſtincte nulla eſſe voluerint. Ipſe diſputat, hujusmodi ſervandum eſſe moderamen hac parte, *ſi quid*, ait, *inutiliter geſtum ſit, non admittere, in quo vero aliqua utilitas vertitur, id ſuſcipere oportet.* Sic Imperator Philoſophus, longe aliter quam antiqui Jurisprudentes, qui jura condiderunt generalia & ſtabilia, neque pro caſuum varietatibus aliter ac aliter uſurpanda; ne quidem, etſi ratio juris introducti in certis caſibus evidenter ceſſaret. Ecce; Impuberes non poſſunt facere teſtamentum, *quia nullum eorum eſt animi judicium, §. 1. h. t. Inſt.* Detur impubes, qui multo ſolertior ſit quam alius pubes, non poterit tamen facere teſtamentum. *Minorum bona non poſſunt alienari*, niſi ex cauſa æris alieni, aliave præciſe neceſſaria, *l. 22. C. de admin. tut.* lata hæc lex eſt in eorum utilitatem. Quid ſi detur occaſio vendendi res minoris cum utilitate inſigni, valetne alienatio? Non valet, ut Sandius ex ſententia Curiæ recte diſſerit in *lib. 2. tit. 1. def. 14.* idque religioſe in Senatu & abſciſſe ſervatur. Ratio, quia cum ſemel ita receptum eſt; ut prohibitiones ejusmodi ceſſent, ubi ceſſat ratio in his aut illis caſibus, nihil certi juris habemus, ſed totum a judicum arbitrio pendet. Veriſſimum in his omnibus eſt illud Taciti, quod legi applico: Omnis lex *habet aliquid ex*

iniquo

iniquo, quod utilitate publica contra ſingulos rependitur. Sufficit, legem in univerſum Reipublicæ eſſe utilem; ſi quando certis in caſibus durior videatur, id utilitate conſtantis obſervantiæ ſuperatur. Videndum, ne non idem de alienationibus prodigorum per teſtamenta, vel contractus, (de utriſque Leo differit,) eventurum ſit; valeant, ait ille, ſi bene utiliterque, non valeant, ubi ſecus conſultum fuerit. Standum potius Jure Civili, quod rectum & æquabile eſt in univerſum, etſi caſibus aliquando ſingularibus obſervatio legis durior videatur.

5. (e) Prohibitio propter corporis vitium, pertinet ad ſurdos, mutos & cœcos. De ſurdis & mutis ſunt textus *in §. 3. h. & l. 10. C. eod.* quorum ſumma huc redit; Poſſe mutum ac ſurdum teſtari, ſi voluntatem ſuam declarare valeant; mutum, ſi ſcribere, ſurdum, ſi loqui poteſt, tum hunc nuncupativum, illum etiam ſcriptum condere poſſe teſtamentum; Quin etiam mutum ſurdumque ſimul, eandem habere poteſtatem. Quod per ſe intelligitur, non poſſe de alio quam de eo, cui ſiniſtro caſu audiendi loquendique facultas ablata eſt, accipi; Nam cui a primis natalibus occluſæ fuerunt aures, hunc neceſſario & mutum eſſe, aut ſaltem *ἀσήμως* ſive *ἀνάρθρῳ φωνῇ*, voce inarticulata loqui, ratio flagitat, quicquid Juſtinianus in *d. l. 10.* cum Celſo philoſophetur. Potius enim Plinio in hoc genere crediderim *lib. 10. c. 69.* quam Juſtiniano affirmanti, neminem reperiri adeo nihil exaudientem, quin percipere poſſit, quod alius *ſupra cerebrum* ipſius loquatur, qua de re videatur tamen Menagius *amœn. jur. cap. 27.* qui id exemplis quibusdam confirmat. Ipſe alioqui hominem vidi a nativitate ſurdum penitus, ut ferebant, qui amicos & res neceſſarias nominibus ſuis appellaret, multaque verba imitari poſſet cum perſpicuo intellectu, idque ex ſolo motu labiorum, quem in aliis animadvertiſſet.

6. (f) Mutis porro ſurdisque ſubjunguntur cœci, quos Paulus *lib. 3. ſent. 4.* *Teſtamentum*, ait, *facere poſſe, quia accire poſſunt adhibitos teſtes, & audire ſibi teſtimonium perhibentes.* Sed Juſtinianus ad impediendas fraudes, quarum maxime apud cœcos copia, formam teſtandi peculiarem illis præſcripſit in *l. 8. C. h. t.* qua primo cavetur, Teſtatorem cœcum voluntatem ſuam nuncupare debere, tum præter ſeptem teſtes adhibere tabularium, qui dictatam voluntatem calamo excipiat, vel ſi tabularii copia haberi nequeat, octavum vocare teſtem, qui id loco tabularii præſtet, omnesque deinde ſubſcribant, & ſigna ſua apponant. Qua in re notandum, ex præcepto Legis Teſtamentum ita fieri nuncupativum, & ſine ſcriptis; neceſſarium tamen eſſe, ut ſcribatur, eique ſubſcribatur: Unde colligimus; non quicquid ad neceſſitatem alicujus rei pertinet, etiam pertinere ad eſſentiam: cum enim teſtamentum illud ſit nuncupativum, fieri nequit, ut ſolennitas ſcripturæ, quæ eſt propria ſpeciei contrariæ, alteri oppoſitæ ſpeciei ſit eſſentialis. Eſt tamen, ut e textu apparet, omnino neceſſaria. Cæterum, poteſt etiam cœcus, Teſtamenti inſtar ſcripti condere, hac ratione; ut voluntatem ſuam dictet amico, dein teſtes convocet cum tabulario, qui ſcriptam voluntatem in præſentia teſtium ac teſtatoris prælegat, dein Teſtator declaret, ſe vere iſta & ex animi ſui ſententia diſpoſuiſſe, tum teſtes roget, qui deinde cum tabulario ſubſcribant & ſignent: myſticum vero, id eſt, occultum teſtibus, non poteſt cœcus condere teſtamentum, *d. l. 8.*

7. (g) Quarta prohibitionis cauſa, eſt Improbitas, per quam primo teſtari vetantur omnes capitis damnati, quia, ut inquit Gajus in *l. 8. §. ult. D. h. t. Libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur; unde apparet, amittere eos teſtamenti factionem.* Atqui cum hodie capitis damnati libertatem retineant, quia ſervitus pœnæ ſublata eſt, *Nov. 22. c. 8.* ut & ſublata eſt publicatio bonorum, *Nov. 134. c. ult.* inde conſequi putat Weſenbecius, *paratit. d. t. n. 13.* quod jure novo capitis damnati teſtamenta condere poſſint, quia ceſſent perſpicue rationes, quibus olim effectum fuit, ut teſtamenti factione excluderentur, *d. l. 8. §. 5.* Sed etſi publicatio bonorum improbata & abrogata ſit, damnatis tamen diſpoſitio de illis minime conceſſa fuit, ſed lex bona defert propinquis lineæ rectæ, quibus deficientibus adhuc publicatio ſequitur, *d. Nov. 134. c. ult. in fine.* Ideoque magis eſt, ut jus vetus hac parte mutatum non videatur. Idque probat Carpzovius *part. 3. Qu. Crim. 35. n. 19. & ſeqq.* etſi de moribus aliter fere ſervari, tradit.

SCHOLIUM.

Imo videtur eſſe mutatum, non tam ob rationem Nov. 134. c. ult. *quam ob rationem* Nov. 22.

(e) *Poſ. 11.* (f) *Poſ. 12.* (g) *Poſ. 13. 14. 15.*

c. 8. *vid. Weſenb.* in Paratit. Qui teſtan. fac. poſſ. n. 13. *ibique Hahn. Cui ſententiæ favet & Praxis morum noſtrorum, & inprimis Juris Saxonici.* Weſenb. d. l.

RESPONSIO.

Ratio ſervitutis pœnæ & publicationis bonorum, utraque in ſolidum, faciebat olim, ne damnatis teſtamentum facere liceret. Igitur, quando altera ex iis ratio ſupereſt, manet prohibitio. Scholiaſtes ipſe fatetur, Rationem, quæ eſt a Publicatione bonorum, hac parte non eſſe ſublatam. Ergo illa ſufficit ad probibitionem ſuſtentandam.

N. ADDIT.

Fateor, me aberraſſe a vero in Scholio, & jam Autori conſentio. Nam Novella 134. *derogat hac parte* Novellæ 22. *Et notum eſt, Juſtinianum in materia ſucceſſionum mire variaſſe.*

Deinde improbitatis cauſa prohibentur inteſtabiles, de quibus jam diximus. Poſtremo, qui inceſtis ſe nuptiis funeſtarunt, extraneos heredes inſtituere nequeunt, *l. 6. & Auth. inceſtas. C. de inceſt. nupt.*

TIT. XIII.
De Liberis exheredandis.

Quid exheredatio. Præteritio filiiſ. quem habeat effectum. Requiſita exheredationis. Poſthumi quid habeant juris. Quid emancipati & adoptivi. Quid novi juris introductum. Militaris teſtamenti hac parte licentia. Cauſæ exheredationis. Graviores ſimilesque cauſas ejusdem generis admitti. Omiſſionem cauſæ non facere nullitatem.

(a) INter cætera, quæ ad ordinanda Teſtamenta neceſſario deſiderantur, principale jus eſt, de liberis heredibus inſtituendis, vel exheredandis, *l. 30. de lib. & poſth.* adeo ut heredis inſtitutio ſit baſis, caput, ac fundamentum teſtamenti, *§. 34. Inſt. de Leg.* Hanc docendi cauſa diſtinguere licet in voluntariam & neceſſariam. Voluntaria ſit eorum heredum, qui pro lubitu inſtitui, vel exheredari poſſunt. Neceſſaria ad eos pertinet, quos teſtator inſtituere cogitur, niſi juſtam exheredandi cauſam habeat, *pr. h. t. l. 17. de injuſt. rupt. teſtam.* tales autem proprie ſunt liberi, in poteſtate teſtatoris conſtituti, jure civili; & emancipati quoque jure Prætorio, *d. pr. & §. 3. h. d. l. 17.* Quia autem in heredis inſtitutione primum præcipuumque caput eſt, quod ad liberos teſtatoris pertinet, ideo de his inſtituendis, vel exheredandis, tam in Pandectis quam in Inſtitutionibus, primo loco agitur; Et quidem hæc inſcriptio, de *exheredandis* duntaxat meminit; quoniam inſtitutio tam extraneis quam ſuis heredibus communis eſt, exheredatio autem proprie de ſolis liberis, & quidem ſuis, uſurpatur, quemadmodum emancipatio, *l. 132. de V. O.* Extranei non dicuntur exheredari, niſi cum prius inſtituti, poſtea a ſucceſſione ſubmoventur, ut in *l. 27. ad L. Falcid.* Locum igitur exheredatio duntaxat habet in his, qui neceſſario inſtituendi, vel exheredandi ſunt, atque ita Exheredatio eſt Excluſio ab hereditate lege *data:* Nam *ſuis,* id eſt, qui *defuncto proximi, atque in ejus poteſtate ſunt,* ipſa lege datur immediate hereditas, reliquis tantum defertur, *§. 2. Inſt. de hered. qualit.* quanquam latius & abuſive, Exheredatio pro omni excluſione ab hereditate, alioqui lege competente, ſumi poſſit ac ſoleat.

2. (b) Filiifamilias igitur neceſſario inſtituendi, vel exheredandi ſunt. Nam ſilentio ſi prætereantur, teſtamentum adeo totum & ipſo jure nullum eſt, ut nec legata, nec fideicommiſſa, nec libertates exinde valeant; * niſi filius ultro in paterna voluntate acquieſcat, ejusque bonis abſtineat; tunc enim diſpoſitio, licet ſubtilitate juris invalida, ex bono & æquo ſuſtinetur, *l. 17. de injuſto rupt. teſtam. & l. 4. C. de lib. præt.* etiamſi filius ante patrem deceſſerit e vivis, *h. pr.*

* Jure Saxonico Electorali, teſtamentum hujusmodi, in quo Pater filium nec inſtituit, nec exheredavit, tantum quoad inſtitutionem nullitatis vitio laborat, legata autem & fideicommiſſa in eo relicta, ſuſtinentur, & ab heredibus ab inteſtato ad ſucceſſionem pervenientibus, præſtanda ſunt, *P. 3. Conſt. El. 9.* ibique Carpz. *Def. 3.* Eadem Conſtitutione Matris quoque & Maternorum Aſcendentium præteritio non pro exheredatione habetur, ut jure Romano, v. *§. 7. I. h.* ſed, ſalvis legatis ac fideicommiſſis, etiam talis diſpoſitio nullitatis vitio laborare cenſetur, conſ. Carpz. *L. 6. Reſp. 10. n. 3.*

(a) *Poſ. 1. 2.* (b) *Poſ. 3. 4.*

l. 7. d.

l. 7. d. t. de lib. & poſth. imo licet renunciaverit hereditati patris viventis, legitimaque ab illo acceptâ contentum ſe fore promiſerit, per *l. 35. §. 1. C. de inoff. teſtam.* Sed Irnerius Conſtitutioni *l. ult. C. de lib. præter.* ſubjecit excerptum authenticum ex *Nov. 115. c. 3.* quo juri veteri ex parte derogatum videtur. *Ex cauſa exheredationis*, inquit, *vel præteritionis, irritum eſt Teſtamentum, quantum ad inſtitutiones. Cætera namque firma permanent.* Verum, ſi conferatur hic locus cum ipſa Conſtitutione, unde ſumptus eſt, patebit, eum de tali præteritione accipiendum, quæ pro exheredatione habetur, facta ſcilicet a matre, vel avo materno, *§. ult. h.* Imperator enim tota iſta *Nov. 115. c. 3.* docet, quomodo teſtamentum per querelam inofficioſi expugnetur, quam certum eſt, filio a patre præterito, nequaquam dari, ut notiſſimum, & probabitur *infra ad tit. de inoff. teſtam.* Indicat *in princ. d. cap. 3.* velle ſe aliquid prohibere, quod olim erat permiſſum. Atqui præteritio patris olim æque illicita erat ac hodie: ſed matris avique materni præteritio, ſine expreſſione cauſæ valebat, dum querela reſcinderetur, *d. §. ult.* Hanc igitur cohibere, at de illa nihil ſancire voluit. Conſilium ipſi fuit, liberis proſpicere adverſus moroſitatem parentum: non contra, effectum aliquem tribuere ipſorum præteritioni, ut diſſentientes volunt. Autores hujus ſententiæ ſunt Alciatus *4. parerg. 10.* & Cujac. *in d. l. 19.* aliique. Diff. Dd. communiter, & Bronchorſtius *cent. 3. aſſert. 29.* qui per *d. Authent. Ex cauſa.* mutatum eſſe jus vetus opinantur, quod nullo modo ſtatuendum eſt.

SCHOLIUM.

Ego vero mutata eſſe ſtatuo. Autoris quippe opinio eo fundamento nititur, quod in d. N. 115. C. 3. *agatur de teſtamento ope querelæ inofficioſi reſcindendo, cum tamen agatur de teſtamento ipſo jure nullo, ſicut mox dicetur.* Conf. Not. ad Strauch. IX. 15. p. 108.

RESPONSIO.

Apparet, inde quæſiti pendere ſummam, utrum in C. 3. d. N. 115. *agatur de teſtamento ipſo jure nullo, an, quod per querelam ſit reſcindendum, quod nos tenemus: idque ſub finem hujus tit. comprobabimus, quo lectorem remittimus.*

N. ADDIT.

Quod circa hanc quæſtionem Dd. ita frequenter diſſentiant, ita ut communis opinio repugnet communi opinioni, in cauſa eſt, quod Tribonianus, vel qui fuit miniſter Juſtiniani in conſcribendis Novellis, ea laboraverit imbecillitate ingenii, ut non potuerit ſenſa animi breviter & dilucide proponere; ſed ubique fere in verbis prolixus ſit, & multa otioſa ac inania verba adhibeat, in ſententia vero ſit obſcurus, ut neſcias, quid voluerit, aut ut facile in utramque quæſtionis partem ſuppeditet argumenta. Ita & in præſente quæſtione contigit. Pro querela nullitatis faciunt verba initialia: non licere penitus *patri, vel matri &c. liberos præterire, aut exheredes facere, teſtamento, niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſas* nominatim *ingratitudinis cauſas parentes ſuo* inſeruerint *teſtamento. Ex his verbis, ſi ſola fuiſſent poſita, quilibet facile intelligit, quod Imperator* formæ *exheredandi priſtinæ, aliquid addere diſerte voluerit, & licentiam priſtinam firmiter etiam exheredandi reſtringere, unde ſequitur, ſi quid contra factum fuerit, querelam nullitatis locum habere. Sed cum in verbis ſequentibus poſtea verbum* evacuationis *in iſtis caſibus adhibuerit Imperator, hac voce arrepta Dd. in aliam plane ſententiam abierunt, putantes, querela inofficioſi impugnandum eſſe teſtamentum. Qui diſſenſus non eſt de inani conceptu formulæ, ſed in re ipſa etiam diverſos effectus ſortitur, quos exponit Autor* hic n. 14. *Jam videndum, quid utraque ſententia utrique reſpondeat. Autor priori reſpondet* initio d. n. 14. *exheredationem non debita forma factam, pro præteritione haberi, non eſſe axioma univerſale, ſed valere ſaltem de forma exheredationis ſecundum Jus antiquum. Quod quidem miror, Viro tanti Judicii excidiſſe, quaſi nimirum forma novi juris deſinat eſſe forma. Deſinit autem, ſi poteſt adeſſe vel abeſſe, ſine læſione negotii, cujus forma eſt. Igitur haud dubie Dd. ſententiæ prioris, hanc diſtinctionem Autoris inter formam, a qua eſſentia & ſubſiſtentia rei dependet, & a qua non dependet, non agnoſcent, ſed eum ad ſcholas Metaphyſicorum remittent. Deinde dicit Autor, ſi explicatio prior obtineret, fieret nimis magna ſtrages juris antiqui, ſublata bonorum poſſeſſione contra tabulas, differentia ſuorum & emancipatorum quoad inſtitutionem, ſublatis item maxima parte titulis* ff. C. & Inſt. de inofficioſo teſtamento *& ſimilibus. Quod profecto nimis gravis ſit præjudicii, ſi ſtatuamus, Juſtinianum, qui nunquam jus vetus, niſi cum multa præfatione, & oſtentatione prudentiæ ſuæ, abrogat; tot tamque præcipua juris capita, una conſequen-*

Digitized by Google

ſequentia ſilentioque aboleviſſe. Sed hoc argumentum ſaltem pro illuſtrante, non pro probante habendum eſt. Oſtentationes Juſtiniani ſunt ſere in præfationibus Novellarum. Præfationes vero potiſſimum diriguntur ad materiam, de qua agit capitulum primum. At vero in Nov. 115. *prioribus duobus capitulis de plane diverſa materia agitur, nempe de appellationibus & aliis capitibus, ad proceſſum pertinentibus. His, neſcio quo fato, emendatio de querela inofficioſi fuit adjuncta. Forte etiam occaſio talis emendandi fuit, quæ non præbuit magnam oſtentationis cauſam. Jam enim alii notarunt, & oſtendunt ipſæ leges Juſtiniani, quam turpiter inconſtans fuerit in ferendis & mutandis legibus, teſtamentarias ſucceſſiones & legitimas reſpicientibus. Deinde iſta objectio Huberi ferit pariter ipſius ſententiam ac noſtram. Nam Jus antiquum pariter magnam ſtragem patitur eodem modo, etiamſi in iſtis caſibus detur querela inofficioſi. Qui vero priorem ſententiam defendunt, illi reſpondent ad verbum* evacuandi, *id ſumi in ſenſu laxiori, ut correſpondeat etiam querelæ inofficioſi.* vide Scholium infra ad tit. de inoffic. Teſtam. n. 16. ab autore relatum. *Deinde urgent, ſi ſemper, ubi quis contra diſpoſitionem Novellæ fecerit, daretur querela inofficioſi, nulla eſſet differentia, an quis ſecundum, an vero contra Novellam fecerit. Nam &, ſi quis ſecundum juſſum Novellæ heredem exheredaverit, inſerendo nominatim aliquam ex iſtis cauſis 14. tamen poterit heres legitimus querela inofficioſi uti, cum in finem, ut heres probare debeat illam cauſam. Si ergo quis cauſam exheredationis non inſeruerit, & heres legitimus inſtituat querelam inofficioſi, at heres ſcriptus probet, aliquam ex 14. cauſis ſubeſſe, tum ſane non obtinere poſſit actor, qui obtinuiſſet, ſi inſtituiſſet querelam nullitatis. Adeoque verba Imperatoris de inſerenda nominatim cauſa, nullum haberent effectum, ſed fruſtra eſſent poſita, & impune poſſent negligi. Mihi quidem iſta ratio fortiſſima videtur. Sed aliter viſum Autori, qui* infr. n. 14. *reſpondet, oſtendendo rationem diſparitatis inter querelam inofficioſi prioris & poſterioris generis. Cum enim cauſa exprimitur, dicit, heres ad probandam eam cauſam admittitur, eaque probata exheredatio habet effectum cum excluſione exheredati. Sed omiſſa cauſa, exheredatus querelam neceſſario obtinebit, ejusque præſidio teſtamentum oppugnabit. Hic diſſentientes rem ipſam quidem concedent in poſteriori caſu, ſi videlicet querelam nullitatis inſtituas, negabunt vero, iſtam aſſertionem admitti poſſe, ſuppoſito, quod eo caſu querela inofficioſi fuerit inſtituta. Fundat ſe querela inofficioſi, quanta quanta eſt, in* iniquitate *teſtatoris, quod videlicet contra regulas æquitatis & pietatis, ſine juſta cauſa actorem exheredaverit, aut præterierit.* pr. Inſt. de inoff. teſtam. *Jam ponamus: Teſtator poſt Novellam 115. exheredavit filium, non apponendo cauſam. Filius querelam inſtituens non poterit aliter conqueri, quam quod Pater* inique & ſine juſta cauſa *exheredaverit. Igitur quæſtio eſt inter actorem & reum, an ea actoris aſſertio ſit vera. Et nulla adeo ratio ſubeſt, quæ reum excludat a probatione, quod juſta cauſa exheredandi, nimirum aliqua ex illis 14. ſubfuerit. Quod ſi urgeas, ita formulam agendi in hoc caſu non debere concipi, ſed hoc modo: Pater me injuſte exheredavit; quia nullam cauſam adſcripſit: Et ſic heredem ad probationem cauſæ non admitti, quia hic ſit ſaltem in quæſtione, an pater ſcripſerit, vel non, quod evidentia teſtamenti oſtendat: Contra haud dubie reſpondebunt diſſentientes, formulam hoc modo formatam, non pertinere ad querelam inofficioſi teſtamenti, ſed ad querelam nullitatis. Neque enim ullam ſubeſſe iniquitatem, quod pater cauſam non adſcripſerit, quamvis ita recte dicatur* injuſte *exheredaſſe, quatenus injuſtum denotat id, quod* non ſolenne, *& ita* nullum *eſt. Jam uti cuilibet liberum relinquo eligendi ſententiam ex iſtis duabus, quam voluerit, ita non diffiteor, ſi res ex meo definienda foret ingenio, mihi adhuc placere priorem ſententiam præ contraria Autoris.*

Cæterum, jure Prætorio non eſſe per ſe nullum id teſtamentum, in quo filiusfam. eſt præteritus, dixi *ad tit. de Teſtam. ordin.* & probatur, quia dat bonorum poſſeſſionem contra tabulas filiofam. præterito, perinde ac emancipato, *§. 12. I. de hered. ab inteſt.* quod fieri non poſſet, ſi tabulas pro nullis haberet. Quanquam tamen abſolute illas non probat, quia ſcriptis heredibus non dat poſſeſſionem ſecundum tabulas, niſi cum certum eſt, filium jure ſuo non uſurum, *l. 2. pr. de bon. poſſ. ſec. tab.* Quin etiam, ſi filius malit uti b. poſſeſſione *Unde liberi.* ab inteſtato, hanc quoque concedit, *l. 1. §. ult. Unde liberi; ſcil.* rei veritate potius & eventu, quam ſpecie tabularum conſiderata. Unde liquet, præcipuo reſpectu tabulas a Prætore quaſi pro nullis

haberi

Digitized by Google

haberi, quia non ſecundum eas, ſed ab inteſtato dat b. p. Agnoſci autem tabulas pro tabulis, non ut effectum vel minimum habeant; ſed ut filiisfam. præteritis, remedium jurisdictionis illis accommodet.

3. (c) Exheredatio ut recte fiat, deſideratur *in hoc princ.* I. ut nominatim filius exheredetur; nam filiam neceſſe non erat proprio nomine demonſtrari, ſed *inter cæteros* ſub generali excluſione comprehendi poterat, *d. princ. l. 1. 2. 3. D. h. t.* II. Pure, non ſub conditione, *l. 3. §. 1. eod.* Ratio utriusque eſt in *l. 18. pr. de bon. poſſ. contra tab.* quia liberi certo parentum judicio exheredari debent, certum autem non eſt, quod a conditione ſuſpenditur, aut locutione circumducta ſignificatur. Tertio, debet fieri exheredatio a tota hereditate, non ab re certa, veluti a fundo, *l. 19. h. t.* tametſi inſtitutio ex re certa jure fieri poſſit, ut infra videbimus, & in ipſa *l. 19.* memoratur. Quin etiam, ſi legatum filio Pater reliquerit, eumque a reliqua hereditate excluſerit, non valere exheredationem, Paulus ex ſententia Scævolæ reſpondit in *d. l. 19. de lib. & poſth.* niſi legatum illud acceperit atque agnoverit filiusfam. *l. 10. §. 1. & l. 12. pr. de inof.* aut legatum quartam legitimam exæquet, *§. ult. Inſt. de inoff.* quomodo poſſunt, ut videtur, conciliari *d. l. 19. & d. l. 10. §. 1. l. 12. pr. de Inoff. teſt.* Subtilius & forte rectius ita poteſt dici; non valere legatum, quo exheredatio leniatur & limitetur, ad eamque ſe referat: ſeorſim ab exheredatione legatum, ut cuivis extraneo relictum, quo minus valeat, nihil obſtare videtur. Quarto requiritur, ut exheredatio fiat ab omnibus heredibus, non a certa perſona. Quinto, *ab omni gradu*, non a ſolis inſtitutis, ſed etiam a ſubſtitutis, hoc modo: *Uxor heres eſto, Cajus filius exheres eſto, Si uxor heres non ſit, Titius heres eſto, Cajus Filius exheres eſto. l. 3. §. 2. 3. 6. de lib. & poſth. & l. 8. §. 3. de bon. poſſ. contr. tab.* Quod ſi ab uno tantum herede filium exheredaverit, inſtitutio tota vitiatur; veluti: *Titius, filio Cajo excluſo, heres eſto. Mævius heres eſto, Lucius, Sempronius heredes ſunto, d. l. 8. §. 3.* Quod ſi a primo gradu præteritus, a ſecundo exheredatus ſit, (veluti, *Titius heres eſto, ſi Titius heres non ſit, Mævius, filio meo excluſo, heres eſto,*) primus tantum gradus vitiatur, & ſubſtitutus fit ſtatim heres, *d. l. 3. §. ult. & l. 43. §. 2. de Subſtit.* Sed media inter utrumque gradum exheredatio ad utrumque porrigitur, *d. l. 3. §. 4.* item, quæ facta eſt ante primam, vel poſt ultimam inſtitutionem, pertinet ad omnes, *§. 3. d. l. 3.* Horum trium requiſitorum ratio, non multum abludit ab ea, quæ in duabus prioribus fuit, quod exheredatio non niſi certo parentum judicio, plenoque & determinato fieri debeat conſilio, ut pater filium quaſi morte dignum judicet, idque ſine *remorſu*, cujus indicium eſſe videtur, ſi non plene planeque eum excludat; ſed, oſtio clauſo, feneſtram rurſus aperiat.

4. (d) Debet etiam juſte fieri exheredatio, hoc eſt, ob aliquam ingratitudinis cauſam Legibus expreſſam, de quibus paulo inferius agetur. Sed in Poſthumis doctrina præteritionis paulo aliter ſeſe habet. Sunt autem Poſthumi (potius poſtumi) proprie, qui poſt obitum Patris ſui naſcuntur; at in hoc §. generaliter, qui poſt factum teſtamentum, ſui heredes teſtatori adnaſcuntur, qui etiam inſtitui debent, vel rite exheredari, ſcilicet pure, ab omni hereditate, & *nominatim*, ſi maſculus naſcatur; nam ſi femellæ, exheredatio inter cæteros facta valebat, modo aliquid iis legaretur, ne per oblivionem præteritæ viderentur, *hoc §. 1.* Præteritio autem poſthumi non facit teſtamentum ipſo jure nullum, ut a principio non valeat; ſed ante nativitatem jure factum cenſetur, *l. 3. §. 4. de injuſto rupto;* & demum agnatione poſthumi rumpitur, atque *ea ratione totum infirmatur*, ait Imper. *d. §. 1.* unde patet, neque legata, nec fideicommiſſa ex eo deberi, quod per *Nov. 115.* non magis eſſe abrogatum, quam modo præteritionem filiorumfam. ex rationibus ante productis apparet, etſi diſſentiat Pacius *ad hunc §.* Accurſius, & alii, quos ſequitur noviſſime D. Wiſſenbach. *ad tit. D. de ventre in poſſ. mitt.* etiam *Scholiaſtes* noſter *ad poſit. 10. h. t.* Jure veteri memorant, poſthumos & infantes potuiſſe exheredari, jure novo poſſe nequaquam, utpote quibus nulla conveniat cauſa ingratitudinis. Sed verius & utilius, hac parte minus inter jus vetus & novum, quam illis videatur, diſcriminis reperiri. Nam jure veteri non apparet, filios, de quibus probari poſſet, quod ſatis erga parentes officioſi fuiſſent, cum effectu potuiſſe exheredari, ita ut a bonis paternis penitus excluderentur; ſed tantum hoc ſenſu, quod teſtamentum, in quo puer, vel poſthumus exheredaretur, immediata vi legis non eſſet nullum, neque ſola nativitate rumperetur, ſed initio va-

(c) *Poſ. 7.* (d) *Poſ. 8. 9. 10.*

Digitized by Google

leret, donec per querelam expugnaretur, *§. 2. in fin. de inoff. teſtam.* quod aliter jure noviſſimo obtinere, nulla ratione locove animadvertimus; Nuſquam enim traditur, teſtamentum, in quo poſthumus ſit exheredatus, eſſe nullum, vel agnatione rumpi, ſed per querelam reſcindi, *N. 115. c. 3.* Saltem hoc intereſt hodie, quod, cum olim cauſæ pro arbitrio Centumvirorum probari, vel improbari poſſent, nunc Imperator certum earum numerum præſcripſerit, quorum canone judices obſtringerentur. Sed aliquas olim cauſas Patrem habere debuiſſe, probatur ex *l. 7. de bon. damn.* ubi, *certis de cauſis*, vel potius, ut habet lectio Florentina, *meritis de cauſis*. Nam ſi probare poſſent liberi, *quod obſequium debitum jugiter parentibus adhibuiſſent*, adeoque *immerentes* ſe fuiſſe excluſos, per querelam hereditate potiebantur, *l. 5. D. h. t. & l. 28. de inoff.* duntaxat fuere cauſæ, quibus, ſalva pietate Parentem moveri conſentaneum fuit, velut ſi filium aliunde locupletem in gratiam liberorum egentium exheredem ſcribat. Matri quoque videtur fuiſſe permiſſum, ut odio mariti, filium ex eo ſuſceptum Patri quaſi relinquere, & a ſucceſſione removere poſſet, quod ut iniquum prohibuit Juſtinianus in *l. 33. §. 1. C. de inof. teſt.* Adde Vinnium *Comm. ad d. §. 2.*

5. (e) Hæc non modo de poſthumis ſtricte ita dictis, qui poſt *humatum* patrem ſunt nati, ſed de omnibus, *qui poſt teſtamentum factum jus ſuorum heredum conſecuti ſunt*, intelligenda fuerint: ſic enim ſi tu poſthumos definieris, omnes eorum ſpecies, quæ variæ ex variis legum capitibus fuere, perſpicue complecteris. Sunt autem vere, vel quaſi *poſt nati*. Vere, poſt *mortem teſtatoris*, vel eo vivo *poſt* factum *teſtamentum*, tam filii, quam nepotes. *Quaſi poſt nati*, ſunt Nepotes, qui vivo eo, vel ante, vel poſt factum teſtamentum nati ex filiofam. mortuo, vel emancipato Patre, avo in locum proximum, ac ita *ſui* heredes evaſerunt; de quibus paulo agetur diſtinctius *ad h. t. ff.* Veri poſthumi agnaſcendo, ſicut intelleximus, rumpunt teſtamentum. Quaſi tales idem *quaſi* agnaſcendo *rumpere* dicuntur: & ſic ad imitamentum veræ agnationis atque ruptionis, jure, quæ de poſthumis veris prædicavimus, huc *ἀπὸ κοινοῦ* transferuntur.

6. (f) Inſtituendi igitur, vel exheredandi neceſſitas, in ſuis duntaxat heredibus obtinebat, id eſt, proximis gradu & in poteſtate conſtitutis. Emancipati, qui de familia exierant, quemadmodum Lege XII. Tab. non vocabantur ad ſucceſſionem ab inteſtato, ita nec neceſſe erat comprehendi, ſed ut extranei impune præteriri poterant, *§. 3. h.* Verum Prætor, ſicut in eorum gratiam bonorum poſſeſſiones inteſtati Edicto introduxit, ita etiam Teſtamento facto ſuccurrere illis voluit; eo modo, ut ſi liberi emancipati utriuſque ſexus præteriti fuerint, habeant bonorum poſſeſſionem contra tabulas, * *d. §. 3. in f.* per quam, inquit Theophilus, filii & nepotes totam hereditatem, filiæ neptesve tantundem conſequuntur, ac filiæ præteritæ jure civili titulo accreſcendi habebant, per quem ſuis heredibus auferebant portionem virilem, extraneis ſemiſſem, teſte Ulpian. *tit. 22. §. 17.* quod eſt intelligendum de Conſtitutione Antonini Magni, id eſt Marci philoſophi, opinor, nam olim filia per *contra tabulas* totum reſcindebat, ſi fides Juſtiniano in *l. 4. C. de lib. præt.* (g) Liberi vero adoptivi, paris jure civili conditionis erant cum Naturalibus, adeo ut ſilentio præteriti Teſtamentum dicerent nullum. Sed emancipatis a patre adoptivo, nec jure Civili nec Prætorio, ullum dabatur remedium contra ejus præteritionem, quia ſoluto per emancipationem vinculo adoptionis, nulla ſupererat æquitas naturæ & ſanguinis, qua Prætor ad ſuum ſubſidium accommodandum impelleretur. Veruntamen in bona Patris naturalis, idem jus ei beneficio Prætoris ſupererat, quod reliquis liberis emancipatis; ſi modo Pater ejus naturalis, emancipatione eveniente, adhuc in vivis foret; Illo enim extincto, boniſque pridem diviſis, ne quidem ad naturalis parentis bona ſupererat regreſſus; quod ut emendaret Juſtinianus, filio ab extraneo adoptato, omnia jura integra ſervavit in ſucceſſione Patris naturalis, *l. 10. C. de Adopt.* qua de re dictum ſupra *ad §. 2. de Adoption. ad poſ. 5.*

7. (h) Prærogativa marium præ feminis, ut modo audivimus, jure antiquo eximia fuit. Sed Juſtinianus ſimplicitati naturæ convenientius putavit, utrumque ſexum eodem jure cenſeri. Ideo conſtituit, ut filia, ſi non eſſet nominatim exheredata, perinde ac filius, pro præterita ha-

* Jure Saxonico etiam hoc caſu, quo liberi emancipati ſunt præteriti, teſtamentum erit nullum. *C. El. 9. P. 3.* quæ generali hic liberorum & parentum appellatione etiam emancipatos comprehendit.

(e) *Poſ. 11.* (f) *Poſ. 12.* (g) *Poſ. 13.* (h) *Poſ. 15. 16.*

beatur,

beatur, cum olim jus accreſcendi habuerit: Dein, ut filia præterita gaudeat eodem jure, quo filius, nempe Sua teſtamentum dicat nullum, emancipata bonorum poſſeſſionem contra tabulas habeat, prout latius explicatur in *d. l. 4. C. de lib. præt. & §. 5. h.* Diſcrimen autem inter ſuos & emancipatos, quo illi de nullitate, hi bonorum poſſeſſione contra tabulas agunt, nec in iſta *l. 4.* nec alibi usquam abrogatur. Atqui in *d. §. 5.* ſunt verba, quæ ſi præciſe a cæteris intuearis, id inferre videntur; *ut omnes, ſive ſui ſive emancipati ſint, vel heredes inſtituantur, vel nominatim exheredentur, & eundem habeant effectum circa teſtamenta parentum ſuorum infirmanda,* quaſi nulla prorſus inter eos differentia ſuperſit. Sed ex præcedentibus & conſequentibus ſatis liquet, hunc eſſe ſenſum, omne diſcrimen ſexus ſublatum eſſe inter omnes, *ſive ſui ſive emancipati &c.* (i) Circa adoptivos quid jure novo conſtitutum ſit, docetur *in eod. §. 5. in fin.* ubi ſe refert Imperator ad diſtinctionem alibi memoratam, adoptatos ſcilicet ab extraneo poſſe impune præteriri, ſed ab aliquo in adſcendenti gradu præteritos, teſtamentum dicere nullum, *§. 14. I. de Heredit. ab inteſt.*

8. (k) Neceſſitas illa inſtituendi nominatim, vel exheredandi liberos, ut omnia fere teſtamentorum requiſita, a militibus haud perinde exigitur. Nam ut eorum teſtamenta per querelam inofficioſi non reſcinduntur, *l. 27. §. 2. de inoff.* nec ob defectum ſolennitatum vitiantur, ita Militum teſtamenta ne quidem ob præteritionem liberorum, qui in poteſtate ſunt, valere deſinunt, modo teſtatores non neſciverint, ſe habere filios. Nam ſi conſtet, hoc eos ignoraſſe, vel quod uterum geſtare uxorem non ſenſerint, vel falſo de morte inaudierint, nihil valere teſtamentum, docent Impp. in *l. 9. & ſeqq. C. de Teſtament. mil.* at ſi de vita filiorum certi, tamen eos ſilentio omiſerint, perinde habetur ac ſi diſerte exheredaſſent, *§. 6. l. 12. de bon. libert.* & cum militaria teſtamenta querelæ inofficioſi ſubjecta non ſint, per *d. l. 27. §. 2.* ſequitur, liberis nullum ſupereſſe remedium, quo paternam hereditatem, licet optime meriti, nec quidem quo legitimam vindicent, cujus ſatis conſtat exheredatis minime dari petitionem; quanquam & credi par eſt, rariſſime fieri, ut liberi a parentibus immerito exheredentur. (l) Porro non militum modo, ſed etiam matris avique, ſeu ſciverint ſive ignoraverint ſe habere liberos, *l. 27. §. 1. & l. ſeq. de inoff. teſtam.* & omnium, qui extraneos heredes habent, præteritio, vim habet exheredationis, quia neceſſitas inſtituendi nominatim, vel exheredandi, de ſolis, ut dictum, ſuis heredibus intelligitur. Ideoque præteriti ab his, movent querelam inofficioſi, quæ competit exheredatis, *§. ult. h.* quod infra latius docetur.

9. (m) Exheredatio etiam *juſte* fieri debet: Ad juſtitiam vero quid requiratur, olim erat in arbitrio Centumvirorum, teſte Val. Max. *lib. 7. cap. 7.* Quintil. *l. 4. cap. 7.* Plinio *4. epiſt. 8.* Sed Juſtiniano minus e republ. viſum fuit, rem tanti momenti eſſe arbitrariam; qui proinde Canonem certarum cauſarum condidit, quibus tam judices quam teſtatores adſtringerentur. Et quidem Parentibus præſcriptæ ſunt cauſæ quatuordecim, relatæ *in cap. 3. Nov. 115.* propter quas liberos ab omni hereditate excludere poſſunt. Earum pleræque ſpectant perſonam Parentis directe, quædam honorem ejus indirecte lædunt. Pleræque filiis & filiabus communes ſunt, quædam ſpeciales. Communes ſunt hæ: I. Si quis parentibus ſuis gravem injuriam fecerit, βαρεῖαν καὶ ἀπρεπῆ, ait Juſtinianus *in §. 2. d. cap. 3.* II. Si manus iis intulerit. III. Si vitæ inſidiatus ſit. IV. Si per delationem Parenti grave damnum incuſſerit. V. Si cum maleficis hominibus ut maleficus verſetur, ubi per *maleficos* intellige, non malos, ſed *veneficos*, ut in *tit. Cod. de maleſ. & mathemat.* Nam in Græco eſt, Εἰ μετὰ φαρμακῶν ὡς φαρμακὸς συναναστρέφεται. VI. Si teſtari prohibuerit. VII. Si furioſum neglexerit. VIII. Si captivum non redemerit ab hoſte: quibus caſibus hereditas ipſo jure quoque aufertur, ut & IX. Si hæretici fuerint; quales pronunciantur *§. 4.* qui quatuor Synodis Nicænæ, Conſtantinop. Epheſinæ primæ, & Chalcedonenſi non aſſentiuntur. Speciales filiorum ſunt: X. Si patrem criminis, excepto Majeſtatis, accuſaverint, *§. 3.* (mulieres enim ab accuſatione arcentur omnino, *l. 8. de Accuſat.*) XI. Si novercam aut Patris concubinam corruperint, *§. 16.* XII. Si mimos parentibus invitis ſint ſecuti. XIII. Si Patrem carceri inelusum, fidejuſſore oblato, non liberaverint, quod filiæ non impo-

(i) *Poſ. 14.* (k) *Poſ. 17.* (l) *Poſ. 18.* (m) *Poſ. 8.*

Digitized by Google

nitur, quia intercedendi incapax eſt. Poſtremo, ſi filia minor annis 25. cui Pater dotem & maritum dare volebat, *αισχρὸν βίον*, turpem, id eſt, meretriciam vitam elegerit. Liberi parentes exheredare poſſunt octo de cauſis. I. Ob accuſationem capitalem. II. Propter inſidias vitæ ſtructas. III. Ob ſtuprum uxori, vel concubinæ illatum. IV. Ob prohibitam teſtandi facultatem. V.. Si pater liberos ab hoſte captos non redemerit. VI. Si in furore conſtitutos neglexerit. VII. Parentem hereticum filius excludere poteſt. VIII. Si venenum Pater uxori, quæ & mater filii, aut viceverſa mater paraverit marito, *d. Nov. 115. c. 4.* Fratri vero adverſus fratrem, tres ingratitudinis cauſæ imputantur, in *Nov. 22. cap. 47. in pr.* ſi aut vitæ inſidias, aut criminis accuſationem, aut bonis jacturam inferre, ſit auſus.

10. Jam de cauſis illis exheredandi octo & quatuordecim, affirmat Imperator, quod *ὀνομαςὶ, nominatim* eas comprobaverit, nec alias excogitari permittat,* *in pr. d. c. 3.* Quæ tamen verba plerique ita recte interpretantur, ut aperte ſimiles, vel atrociores in *eodem genere*, non excludantur, ſed leviores, aut *toto genere diverſæ*, quæque non ſint liquido graviores. Concedimus, licere Patri filium mimos ſequentem exheredare; non licere homicidam & adulterum, quia ſunt hæc diverſi generis crimina, ſuisque pœnis adficiuntur. Verum ut in eodem genere ſic verba captemus, ut extenſionem ad ſimilia aperteque graviora præcludamus, non permittit civilis ratio ſapientiæ: Nec ullo modo exiſtimandum, ea fuiſſe mente Juſtinianum, ut rem abſurdiſſimam, ſanæque rationi & humanitati prorſus contrariam ſtatueret: Parenti ſcilicet licere filium exheredare certa de cauſa non valde gravi, verum ſi multo adverſus eum atrocius peccaſſet filius, idem non licere: Si Patrem carcere clauſum filius fidejuſſione liberare cunctetur, exheredandus erit: at ſi ipſe eum in carcerem per injuriam compegerit, id non licebit? Si patrem teſtari prohibuerit, exheredari meretur, ſi compulerit & coëgerit ad ſuam libidinem teſtari, non poterit? Si filius novercam corruperit, fulmine teſtamentario dignus eſt, ſi filia ſe vitrico ſubſtraverit, matri invitæ fiet heres? Liberi & parentes hæretici merito exheredantur, a quibus differre certum eſt atheos & blaſphemos; ergone in hos, qui Deo convitiantur cumque abnegant, idem quod in male ſentientes & errantes, non licebit? Hæc ſane aliaque, ſi Viglius, Connanus, Bronchorſtius, Giphanius, Perezius, aliique verbis Juſtiniani mordicus inhærentes, urgeant, religio erit illis adſentiri. Si qua inde abſurditas, ajunt, hæc Legiſlatori imputanda eſt; Sed verba non ſunt tam violenta, ut nulli mitigationi pateant: Vult emendare licentiam juris antiqui Imperator, quo prorſus arbitraria cauſarum dijudicatio erat; ad cohibendum judicem præſcripſit Canonem, ex quo haberet quod ſequeretur; non tamen ut *κωφὸν πρόσωπον*, mutus & cœcus eſſet, neque ex arte æquitatis, & paritate inevitabili rationis idem jus ſtatueret, ubi par aut major aperte ratio militaret; Interpretatio legum ſemper hoc habet conjunctum, ut apparet ex *l. 10. & ſeqq. de LL. l. 13. de Teſtib. l. 11. de Pæn.* Certum eſt tamen, non valere conſequentiam ad ſimilia & majora, ſi toto genere diverſa ſint; valere, cum ſunt ejusdem generis & naturæ, qualia modo produximus. Secus in aliis; Sic gravius eſt, Filium habere Lenonem, quam ſi mimos ſequatur; ob lenocinium tamen exheredari poſſe filium, licet ob ſocietatem mimorum poſſit, ex Canone Juſtiniani haud facile dixerim; ne quidem ob venerem infandam, tametſi omnibus cauſis atrociorem.

11. Sed ita hodie, opponit Viglius *ad §. ult. h. t. non quatuordecim, ſed infinitæ prope ac innumerabiles erunt cauſæ.* Atqui ſi non aliam, quam ad ea, quæ aperte ſimilia vel graviora, quin & ejusdem generis naturæque ſunt, extenſionem ſtatuamus, parvi illud periculum momenti videtur, niſi caſus & facta, non genera factorum intelligat, cujusmodi innumerabilia dari poſſe, neque negamus, neque abſurdum eſt. Dein, *quid opus*, inquit, *enumeratione erat, aut in quo veterum altercatio ſublata eſt: ſi adhuc alios licet aſſumere?* Jam reſponſum eſt, ut regula Judicibus

* Deciſio Electoralis 52. Novellam 115. prorſus ſequitur, ac præter ibi denominatas nullas alias allegari aut admitti patitur, vid. Phil. *ad d. Dec. Obſ. 1. & in Uſ. Pr. Inſt. L. 2. Ecl. 57.* Sicuti autem ea, non magis quam Novella, cauſas atrociores in eodem genere e. g. concubitum cum Matre aut Patre &c. *a. Nov. 115. c. 3. §. 6.* excludere voluiſſe videtur, ita nec per eam derogatum fuit Ordin. Matrimoniali *d. an. 1624. punct. 1.* quæ liberos ſine Conſenſu Parentum nuptias contrahentes a Parentibus usque ad dimidium legitimæ, aut in ſolidum, exheredari permittit. vid. *dicta Lib. I. Tit. X. §. 9.*

præ-

præſcriberetur, quam prius non habebant; regula autem eſt præceptum generale, quod uni ſpeciei præciſe applicari non poteſt: Ecce, cauſarum una eſt, *ſi filius gravem injuriam Parenti ingeſſerit;* annon hæc generalis, nonne plures injuriæ ſpecies complectitur, quorum ab una ad alteram neceſſario argumentandum? Tertia Viglii objectio; *Imperator queritur, ab antiquis graviores fuiſſe cauſas prætermiſſas.* Jam ſi extenſio ad graviora per ſe eſt licita, quid opus erat nominatim a Juſtiniano graviores memorari? Dicendum, quod Juſtinianus incuriam veterum reprehendens, exprobret iis, quod leviores cauſas proponerent, cum graves ponere deberent, quas ſubintelligebant: Se autem ut cauſas vere dignas traderet, levioribus omiſſis, poſuiſſe pares & dignas. Hoc quippe ineptum ei viſum, docere, liberos ob leves cauſas poſſe exheredari, nec meminiſſe graviorum. Quartum Viglii argumentum reliquis acrius & validius videtur, quod habet ad *§. ult. Inſt. de Inoff. teſtam. in fine. Nam ſi communi opinioni adhæremus, cur non idem etiam tradimus in iis cauſis, ob quas frater a querela excluditur? an minus grave eſt cum fratris conjuge rem habere, quam ipſius facultates diminuere? quæ autem res conjugis amori, quem iſte avertit, æquiparari debet? & tamen ibi tres tantum cauſas poſuit Imperator, liberorumque & fratrum ingratitudinem cauſarum numero diſtinxit.* Primo, quod opinionem, quam tuemur, communem Viglius agnoſcit, bene habet; Inter cauſas vero fratris exheredandi & liberorum non parum dici poteſt intereſſe; Nam frater teſtatoris de merito exheredationis diſputare non poteſt, niſi turpis perſona heres ſit inſtituta, *l. 27. C. de inoff. teſtam.* Quod ſi fecerit teſtator, forte mirandum non erat, ſtrictius exheredationem ejus, quam parentum filiorumque cenſeri: nemo, inquam, mirabitur, fratrem, qui meretricem aliumve hominem inſtituit infamem, fratre exheredato, minus ad hoc licentiæ habere, quam Patrem & filium erga ſe invicem, ſi heredes honeſtos ſcribant. Qua in ratione ſi quis non acquieſcat, huic cogitandum, ne nihil abſurdi in eo ſitum videatur, quod etiam in fraternis cauſis argumentum a pari & a majori obtinere poſſit.

12. Una ſupereſt ratio, cui occurrere ſit operæ pretium; petita a frequenti regula, quod in his, in quibus ſpecialis ſanctio Legis requiritur, nulla ſimilitudo vel conſequentia admittatur. Hinc mandatum meri imperii Lege Julia in caſu abſentiæ permiſſum, *l. 1. de off. mand.* negatur ab Interpp. ad caſum morbi trahendum; adde D. Wiſſenbach. *diſp. 39. theſ. 17. part. 1. ad Pandect.* Sed cauſæ exheredationis ſine dubio ex ſpeciali lege proficiſcuntur. Reſponde; diſtinguendo, utrum lex de caſu uno, certo & limitato, an de multis ac indefinitis agat, quales hæ cauſæ, de quibus loquimur: In priori genere facile omnis conſequentia præcidi poteſt, in poſteriori non æque. Præterea intereſſe videtur, utrum Legis ſanctio, moralibus perſonarum meritis nitatur, an ratione mere *poſitiva;* Si hac, tum nihil mirum eſt, caſum, quem Lex non ponit, ſub eo, quem ponit, non comprehendi; Sed ubi lex ejuſmodi meritis movetur, valde durum eſt, non producere legem ad eos caſus, quibus merita illa prægnantiora ſunt, quemadmodum alibi de cauſis revocandæ donationis propter ingratitudinem donatarii diximus, *ſupra de donat. ad poſ. 30.*

13. Porro, ſcriptum eſſe filium exheredem juſta de cauſa, tametſi illa probari queat, non ſufficit; niſi Parentes, ait Imperator *d. cap. 3. in pr.* nominatim illam teſtamento inſeruerint. Quo non facto, nullum exheredatio effectum habere poteſt, ſed querela inofficioſi teſtamentum omnino reſcinditur: quod volunt verba in *d. N. 115. c. 3. §. 12. in fin. evacuata inſtitutione,* item *§. ult. verſ. ſi autem.* evacuato teſtamento; *cap. 4. §. 9.* legitur, reſciſſo teſtamento; quibus *adde arg. l. 208. de R. J.* in Græco ſunt ἀκυροῦσθαι & ἀνατρέπεσθαι, quæ ſupponunt κύριον καὶ στάσιμον καὶ βεβαιόν τι, *aliquid validum & firmum, ab initio quod fuerit.* Contraria verba, *quod teſtamentum in ſua maneat firmitate,* extant in *d. cap. 3. §. 12. in fin. & §. ult. verſ. ſive igitur. cap. 4. §. 9.* ibique ſine dubio habent hunc ſenſum, quod Teſtamentum, querelæ inofficioſi non ſit ſubjectum. Unde ſequitur, verba ἐκ παραλλήλου his adverſantia, ſenſum quoque perfecte habere contrarium, ac efficere, ut locus querelæ eſſe dicatur.

14. Renovatur heic loci objectio, quam alibi paſſi ſumus ſine noxa; quod exheredatio non rite debitaque forma facta, nihil quam præteritio ſit, *§. 12. Inſt. de hered. ab inteſt.* Dictum enim pridem, id obtinere de interna perfectione formaque exheredationis, ſecundum jus antiquum, a quo diverſum eſt requiſitum de juſtitia cauſæ, quodque inde dependet. Præterea objicitur,

 quod

quod ex hac ſententia ſequatur, præceptum Juſtiniani de cauſis teſtamento inſerendis, impune poſſe negligi, nihilque intereſſe, utrum exprimatur cauſa, vel non, ſiquidem utroque caſu querela locum inveniat: Sed nihilominus aliter ſe res habet: Cum enim cauſa exprimitur, heres ad probandum eam cauſam admittitur, eaque probata exheredatio habet effectum cum excluſione exheredati; ſed omiſſa cauſa, exheredatus querelam neceſſario obtinebit, ejusque præſidio teſtamentum expugnabit. Nec tamen propterea inanis argutia dicenda eſt, quod teſtamentum illud nunquam habeat effectum, neque vero ſit nullum. Quippe ſi dicamus, exheredationem ſine cauſa expreſſa, teſtamentum facere ipſo jure nullum, ſequitur, quod & liberi emancipati, quippe nunquam in poteſtate fuerunt, teſtamentum perinde nullum dicant, ſi tacitam ob cauſam ſint exheredati; quod poſthumi exheredati teſtamentum agnaſcendo rumpant, quia cum cauſa nullo modo exheredari poſſunt; aliaque plura inde ſequentur, fietque nimis quam magna ſtrages juris antiqui, ſublata bonorum poſſeſſione contra tabulas, differentia ſuorum & mancipatorum, quod ad inſtitutionem, titulis *ff. C. & Inſt.* maxima parte de inofficioſo teſtamento, & ſimilibus. Quod profecto nimis eſt gravis præjudicii, ſi ſtatuamus, Juſtinianum, qui nunquam jus vetus, niſi cum multa præfatione & oſtentatione prudentiæ ſuæ abrogat, tot tamque præcipua Juris capita, una conſequentia ſilentioque aboleviſſe. Porro, illa quidem expreſſio cauſæ, ſpecialiter in exheredatione a patribus facta, deſiderari videtur. Nam quod liberi aut fratres, neceſſe non habeant certum addere judicii ſui elogium, dubio caret, quia reſpectu illorum id nusquam præcipi videmus, ſed ratione *Parentum* duntaxat, *in pr. d. cap. 3.* tum quia nihil intereſt, utrum parentes exheredentur an prætereantur, cum neque veteri, nec novo jure, omiſſio illorum per ſilentium, cauſam nullitatis præbeat. Qua ratione colligitur, ne quidem a matre avoque materno expreſſionem cauſæ requiri; tametſi horum diſerte mentio fiat *in princ. cap. 3.* & mox generaliter in parentibus requiſitum exprimendæ cauſæ memoretur; Nam quia certum eſt, matris avique materni præteritionem pro exheredatione haberi, *§. ult. h. t.* neque id usquam mutatum legimus, fieri non poteſt, ut ubi ſilentium ſufficit, ſpecialis expreſſio cauſæ neceſſaria eſſe dicatur. Cui rei conſentaneum eſt, qui præteriti pro exheredatis habentur, eos cum effectu excludi ab hereditate; modo probari poſſit, quod ex aliqua memoratarum legibus cauſarum vere parentes offenderint. Diſſentit etiam Scholiaſtes noſter, *ad finem* laudans ὁμόψηφον Struvium *Ex. 32. th. 16.* ſed rationes occupatæ ſunt.

TIT. XIV.

De heredibus inſtituendis.

Quid ſit Heredis inſtitutio, & de perſonis quæ poſſunt inſtitui. De partitione hereditatis. Quid juris, ſi quidam cum partibus, alii ſine partibus ſint ſcripti. De modis inſtituendi.

(a) HEres eſt Succeſſor in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. 24. de V. S. & l. 62. de R. J.* unde, quid ſit heredis inſtitutio, nihil inquirere neceſſum eſt; Surrogatio videlicet in univerſum jus, quod defunctus tempore mortis habuit. Qua ratione autem inſtituatur, ex natura Teſtamenti, cujus caput ac baſis inſtitutio eſt, intelligitur; quod cum ſcribendo vel nuncupando perficiatur, ſequitur, heredem quoque inſtitui per ſcripturam, vel vivæ vocis nuncupationem; nec refert, cujusmodi verbis teſtator ſit uſus; * modo per ea ſatis liqueat voluntatis intentio, licet ſemineci & balbutiente lingua proferantur, *l. 15. C. de Teſtam.* Eſt autem Heredis inſtitutio vel talis in ſpecie, vel Subſtitutio, de *qua titulo ſequenti.* (b) Quoad inſti-

* *Ex P. 3. C. El. 9.* §. und obwohl. obſervari hoc loco meretur, in heredis inſtitutione liberorum & parentum, verba communia e. g. habeat, accipiat, perveniat ad ipſum, &c. haberi pro derelictis, vid. Carpz. *ad d. C. def. 7.* Moller. *ad d. C. n. 7. 8.* Bart. *ad l. centurio. 15. ff. de vulg. & pup. ſubſt. n. 36.* atque hoc Juri quoque Communi convenire, *a. c. 1. d. teſtam. in 6. N. 115. c. 3. 4.* reſp. *Fac. Jur. Lipſ. Menſ. Dec. 1705.*

(a) *Poſ. 1. 2.* (b) *Poſ. 3. & ſeqq.*

tutio-

tutionem, hoc capite agitur *primo*, de perſonis, quæ poſſunt inſtitui; *ſecundo*, de partibus hereditariis; *tertio*, de modis inſtituendi. De perſonis ait Imp. permiſſum eſſe, heredes inſtituere tam liberos homines, quam ſervos; ὕστερον πρότερον, pro *tam ſervos*, quam liberos, & quidem ſervos poteſt tam alienos ex perſona dominorum, *l. 31. h. t.* quam proprios, ſimul cum libertate; etiamſi & ſimpliciter inſtituti hereditate pariter ac libertate potiantur, *h. pr. l. pen. C. de ſerv. neceſſ. her.* ex ratione ſupra dicta ad *§. 2. I. Qui & ex quib. cauſ. man.* Niſi quod ſervus adulterio dominæ maculatus, ab eadem nullo modo per teſtamentum honorari poſſit, *d. pr. in fin.* quemadmodum nec ullus omnino ſervus a domina adulterii accuſata, manumitti poteſt, ne quæſtioni ſubducatur; quod & de iis verum eſſe, ait Ulpianus in *l. 32. §. 1. Qui & a quib. manum.* qui extra miniſterium mulieris in agro vel in provincia fuiſſent; quod quidem perquam durum, at legem ita ſcriptam eſſe, ſubjungit; verum mitigatus eſt ille rigor, & ſanctio ad eos reſtricta, qui domi adulteræ fuerunt, in *l. 32. C. ad L. Jul. de Adult.* (c) Cæterum, quem habeat effectum inſtitutio ſervi, tam alieni, quam proprii, docet Imp. *in §. 1.* & vel per ſe, vel ex iis quæ ad *tit. de hered. qual. & diff.* dicenda ſunt, intelligi poteſt. Quin etiam ſervus hereditarius, id eſt, cujus dominus eſt mortuus, jacente adhuc hereditate ejus, inſtitui poteſt: Jacere autem dicitur hereditas, quæ nondum eſt adita, ſed ſperatur adeunda. Ratio dubitandi erat, quia talis ſervus neque ex ſua perſona eſt capax hereditatis, cum id nulli ſervo conveniat, neque ex perſona domini, quem nullum habet: at hunc ſcrupulum eximit Imp. eo, quod jacens ſive nondum adita hereditas, perſonæ defuncti vicem ſuſtineat, non heredis futuri, ſed defuncti, qua de re confer *l. 31. §. 1. h. t. l. 34. & l. 61. de A. R. D.* Ideoque ſervus hereditarius ab alio heres dictus, recte inſtitutus intelligitur ex charactere defuncti; in utilitatem tamen heredis futuri. Unde haud difficulter ſolvi poteſt nodus *l. 24. de Novat.* ubi hereditas jacens non defuncti, ſed heredis futuri perſonam repræſentat: Diſtinguendum quippe inter qualitatem juris & eventum rei. Servus enim hereditatis jacentis, characterem juris omnino mutuatur a perſona defuncti, herede exiſtente nullo; quia tamen pro herede futuro acquirit, ideo recte & hunc repræſentare dicitur. Vel ſic, Repræſentatio conſideratur aut præſens, aut præterita, id eſt poſt aditionem; ſi quæratur in *præſenti*, quem ſervus jacentis hereditatis repræſentet, dicimus, defunctum, quia heres futurus necdum eſt; ſi poſt aditionem quæras, quem ſervus repræſentaverit, dum jaceret hereditas, dicimus, heredem futurum, quia jam notus eſt. Plura de perſonis hic traduntur, niſi quod in *§. 4.* ſubjicitur, nemini præſcriptum eſſe, quot velit inſtituere heredes; numerum eſſe plane arbitrarium & infinitum, id eſt, ἀπέραντον, indefinitum, ut Theophilus. Obſervandum interim, non poſſe heredes inſtitui illos, qui jure civitatis non gaudent, *l. 6. §. 2. h. & l. 1. pr. ad L. Falcid.* adeo ut nec is, qui manumiſſus ex lege Julia Latinus erat factus, heres eſſe potuerit, teſte Ulpiano *tit. 32. §. 2.* Hinc peregrini, *d. l. 6. §. 2.* & omnes, qui maximam mediamque capitis diminutionem ſunt paſſi, hereditatis vel incapaces, vel indigni ſunt. Incapaces, qui nunquam capere potuerunt, quorum hereditates pro non ſcriptis habentur, & remanent apud heredem, ut olim peregrini, perſonæ incertæ, *§. 25. I. de Legat.* municipia & univerſitates, apud Ulpian. *d. tit. 22. §. 5.* orbi & cælibes, *ibid. §. 2. in fin.* qui tamen omnes jure novo capaces habentur. Peregrinis teſtamenti factionem reſtituit Fridericus in *Auth. omnes peregrini. C. Comm. de ſucceſſ.* De perſonis incertis, *vid. §. 27. I. de Leg.* Univerſitatibus hereditates & legata relinqui, permittit *l. 12. C. de hered. Inſt. l. 1. C. de SS. Eccl.* quanquam & jure Pandect. legata iisdem & fideicommiſſa recte præſtari potuerint, *l. 71. §. pen. & l. 122. pr. de Leg. 1. & l. 2. de reb. dub. l. 26. ad Sc. Trebell.* De orbis & cælibibus, erit locus dicendi ad *pr. Inſt. de Fideicommiſſ. heredit.* Indigni ſunt, qui propter delictum ab hereditate excluduntur, & quorum portiones a Fiſco vindicantur, de quibus eſt titulus *in ff. de his, quæ ut indignis;* quemadmodum & ea, quæ incapacibus clam relinquuntur, *l. 1. & l. 3. §. 1. de jure. Fiſc.* Idem juris eſt in heredis inſtitutione deportati, quæ palam facta pro non ſcripta habetur, *l. 1. C. de hered. inſt.* denique, non poſſunt inſtitui heredes pagani, apoſtatæ, improbiores hæretici, *l. 3. C. de Apoſt. l. 4. §. 2. l. 5. & l. pen. C. de Heret.* eorumque receptatores, *Auth. Credentes. C. de Heret.* denique, liberi perduellium, *l. 5. C. ad L. Jul. Majeſt.* Quæ perſonæ

(c) *Poſ. §. 6.*

Digitized by Google

ſonæ cum *inteſtabiles* ſint, ut ad *tit. de Teſtam. poſit. 29.* diximus; recte videtur eſſe dictum *poſit. 7. h. t.* inteſtabiles non poſſe heredes inſtitui.

SCHOLIUM.

At ſupra de Teſtam. ordin. n. 24. *dixerat Noſter, has perſonas poſſe capere Teſtamento, quod etiam videtur verius. Dicit equidem Vinnius in* not. ad §. 6. Inſt. de teſtam. ordin. *cum inteſtabili ne quidem teſtamenti factio eſt*, l. 26. Qui teſtam. fac. poſſ. *ſed hoc quidem non dicit* d. l. 26. & *contrarium patet ex* l. 18. §. 1. eod. *Videntur autem Vinnium in hanc ſententiam pertraxiſſe verba* d. l. 26. neve ipſi dicatur teſtimonium. *quæ de iſto caſu intellexit, ſi* inteſtabilis *heres inſtituatur. Sed ad hanc conjecturam facilis eſt reſponſio, ſi dicamus, dicta verba exponenda eſſe ſecundum ductum* d. l. 18. §. 1. *quod nimirum non debeat ei dici teſtimonium, ſi teſtamentum facere velit. Forte igitur Auctor intelligit apoſtatas, hæreticos, liberos perduellium, de quibus* ſupra.

RESPONSIO.

Sunt illi etiam inteſtabiles, ut & paganorum conventus, l. 4. & Auth. Credentes. C. de Hæret. l. 9. C. de pagan. & l. 5. C. ad L. Jul. Majeſt. *textibus* ſupra *citatis. Vix eſt igitur, ut de aliis, quam de famoſi carminis auctoribus damnatis, quæſtio ſuperſit. Nam reliquos inteſtabiles nihil etiam capere poſſe, fatetur ipſe Scholiaſtes. Capere poſſe Inteſtabiles, non eſt dictum a me ad* tit. de Teſtam. ord. n. 29. *ſed perſonas a Teſtimonio in ultimis voluntatibus perhibendo excluſas, capere poſſe dixeram ſimpliciter; de uno e multis caſu excepto, & excipiendo, tum, ut in breviſſimo ſcripto, minus animum adverteram. Ego de uno illo caſu non habeo, quo magnopere a Scholio diſſentiam.*

N. ADDIT.

At vero ego nunc a me ipſo diſſentio, ſcilicet quod ſecundum principia Juris Romani ob carmen famoſum damnati, eo ipſo quo inteſtabiles facti ſunt, neque ex teſtamento aliquid capere potuerint. Inteſtabilis enim eſt, qui non poteſt teſtamentum facere, & cui non dicitur teſtimonium, ſive teſtamentum faciat, ſive heres inſtituatur. Nam teſtes teſtamentarii teſtimonium dicunt tam teſtatori, quam heredi, dicunt enim illis, inter quos negotium geritur, præprimis cum olim negotium gereretur inter teſtatorem & familiæ emptorem, qui primis temporibus erat ipſe heres. Latius hanc rem deduxi in diſſert. de ſenſu legis decemviralis teſtamentariæ. *Deinde, cum conſtet, reliquos inteſtabiles non capere ex teſtamento, nimirum apoſtatas & improbiores hæreticos,* l. 1. 3. C. de Apoſt. l. 45. C. de hæret. Authent. Gazaros. C. eod. *liberos item perduellium,* l. 5. C. ad l. Jul. Majeſt. *nulla cauſa ſubeſt, cur hi debeant privilegium præ reliquis habere, præprimis cum leges id iis non diſerte tribuant.*

2. (d) Sequitur de partibus hereditatis; Et quidem obtinuit apud JCtos, ut inter artis terminos appellatio Aſſis reciperetur, ad ſignificandam hereditatem, id eſt, uti hic ea vox uſurpatur, univerſas res hereditarias pariter ſumptas. As ſeu libra Romana diſtribuitur in duodecim partes, quæ unciæ vocantur (noſtrates libræ ſunt unciarum XVI.) quarum undecim una voce *decunx* quaſi decem & uncia, vel deunx, id eſt unum de aſſe, X. dextans, quaſi ſextans de aſſe. IX. dodrans ex de & quadrans; quaſi quadrans de aſſe. VIII. *bes* quaſi bis triens. VII. *ſeptunx*. VI. *ſemis*. V. quincunx, a numero unciarum; ſed IV. triens, id eſt, tertia pars aſſis. III. *quadrans*, quarta pars aſſis. II. *ſextans*, pars ſexta aſſis. Unica pars per μετάθεσιν *Uncia*, cujus dimidium *ſemuncia*, pars quarta *ſicilicum*, *l. 21. §. 2. de ann. leg.* ſexta pars *ſextula*, apud Ciceronem *in orat. pro Cecinna.* ubi hereditatem dividit in deuncem, ſemunciam & tres ſextulas; unde *ibidem*, aſpergere *ſextulam.* (e) Eſt quidem hæc uſitatiſſima partium enumeratio, nec tamen ἀνεμφατικῶς, hereditatem, addit Imp. *plerumque* dividi in duodecim uncias; Neque enim adeo perpetua eſt hæc partitio, ut nunquam aliter inſtitui queat, verum tot unciæ hereditatem conſtituunt, quot Teſtator voluerit. Unde ſi tres ex quadrante ſinguli heredes ſcripti ſint, tres quadrantes, id eſt novem unciæ, complent aſſem; at ex diverſo, ſi quatuor ex trientibus, ſedecim unciæ in hereditate intelliguntur, *§. 7. h. t.* Atque iſtæ novem aut ſedecim unciæ tantundem efficiunt, ac alias duodecim: Ad quem numerum ſi redigantur, tunc heredibus ſcriptis jus accreſcendi vel decreſcendi contingit: Accreſcendi his, quibus novem paucioresve quam XII. partes erant aſſignatæ; decreſcendi illis, quibus ſedecim diſtributæ fuerant; Idem juris eſt, quando teſtator

(d) *Poſ. 9. 10. 11.* (e) *Poſ. 12. 13.*

Digitized by Google

ſtator unum ex ſemiſſe tantum heredem ſcripſit, quo caſu totus as in ſemiſſe erit: Ratio redditur a Cæſare in *§. 5. h.* quia nemo ex parte teſtatus, ex parte inteſtatus decedere poteſt, niſi ſit miles, *l. 7. de R. J.*

3. (f) Unde infertur a multis, quia nemo poteſt facere, quo minus in teſtamento ſuo leges valeant, *l. 55. de Leg. 1.* quod teſtator illud jus accreſcendi ne prohibere quidem poſſit. Quæ tamen dura & enormis ſententia videtur, ut ei totam adjudicemus hereditatem, ad quem teſtator diſerte, plus quam dimidiam pervenire vetuit: nec multum abeſt, quin probabilior ſententia Bartoli videatur, in *l. 9. §. 13. h. t. item conſ. 156. & 177.* in tali conflictu Juris & voluntatis Teſtatoris, collabi potius teſtamentum, quam ut vim inferamus aut rationi juris, aut expreſſæ voluntati Teſtatoris: idemque fere evenire, quod contingeret, ſi quis ſervum ſuum ſcriberet heredem eundemque liberum eſſe obnixe prohiberet. In puncto juris tamen verius exiſtimatur, quod pars vacans, invito etiam prohibenteque teſtatore, ſcripto heredi accreſcat; quod quidem textus a Bronchorſtio objecti *2. miſcell. 14.* non refutant. Non citata lex *9. §. 13. de hered. inſtit.* neque *l. 69. de Leg. 2.* nec magis *l. 57. §. 1. de Uſufr.* Sed ratio validius obſtat ea, quam dixi, quod ſucceſſionem ex teſtamento ordinemus, contra mentem Teſtatoris claram & indubitatam; & præterea, quod fundamentum, ex quo heres jure accreſcendi deficientem portionem, ſive ex partium, ſive perſonarum defectu conſequitur, ſit præſumpta voluntas Teſtatoris, qui partem defectam ei potiſſimum deſtinaſſe creditur, quem in teſtamento jam honoravit: Proinde ubi non modo illa præſumptio ceſſat, verum & efficaciſſima intentio in contrarium liquet, ibi & fundamentum juris Accreſcendi deficere videtur. Plane, ſi teſtator Titium ex ſemiſſe heredem ſcripſerit, alterumque ſemiſſem acquiri ipſi noluerit, ſed apud heredes legitimos ut maneret, præceperit, nihil dubitandum eſt, quin alter ſemis debeatur cognatis, non vi juris ab inteſtato, ſed magis ex teſtamento. Tametſi enim ſolita formula eos non inſtituerit heredes, intentio tamen voluntatis ejuſmodi verbis ſatis indicatur, quod ad effectum heredis inſtitutionis hodie ſufficit, *l. 15. C. de teſtam.* Quod ſi, non addito, penes quos alter ſemis remaneret, duntaxat, ne ſcripto heredi accreſceret, prohibuerit, videamus, ne non dicendum ſit, ſcriptum quidem heredem vi juris ex aſſe heredem fieri, ſed vi voluntatis cogi ad reſtituendam partem iis, in quorum gratiam teſtator eum, parte aſſignata contentum eſſe præcepit, *arg. l. 69. in pr. de Leg. 2.* quæ media ſententia placet etiam Viglio *ad §. 5. h. t.* itemque Bachovio.

4. Quod dictum eſt de partibus aſſis, hoc etiam de rebus certis traditur, ut ſi Teſtator ex rebus certis unum vel plures fecerit heredes, nihilque de reliqua hereditate addiderit, tunc ſcripti heredes, ex aſſe heredes intelligantur, *l. 1. §. 4. de hered. inſt.* & quidem æqualiter, etiamſi in rebus illis certis inæquales habuerint partes, niſi aperte liqueat, teſtatorem voluiſſe, ut eædem partes in aſſe, quæ fuerant in re certa, ſervarentur, quæ eſt ſententia *d. l. 9. §. 13. h. t.* Quod ſi unus vel plures, ex rebus certis ſint ſcripti, alii vero ex parte aſſis, vel indefinite, tum priores loco legatariorum habentur, præceptisque rebus illis certis, reliqua bona heredi ſimpliciter ſcripto relinquent, *l. 13. C. eod. tit.* Cæterum, miles in *hoc §. 5.* & in *l. 7. de R. J.* dicitur, ſecus atque paganus, pro parte teſtatus pro parte inteſtatus decedere poſſe: Ideoque ſi unum ex fundo heredem ſcripſerit, quantum ad reſiduum patrimonium inteſtatus deceſſiſſe creditur, in *l. 6. de Teſtam. mil.* Qua de re tamen aliter eſt deciſum, in caſu, quo miles filiam e ſextante, & uxorem ex uncia heredes inſtituit, *l. 3. C. de Teſt. milit.* In partibus aſſis igitur locum habet, etiam in militis teſtamento, hæc regula, quod partes aſſis non adæquatæ, ſemper rediguntur ad aſſem, *§. & ſi plur. 9. h. t.*

SCHOLIUM.

Ita quidem & Imperator §. 7. h. t. *& JCtus* l. 13. §. 3. & ſeqq. ff. eod. *jubent ope ſubtractionis aut additionis, pauciores vel plures uncias a teſtatore factas ad aſſem redigi, remque exemplis declarant. Sed ni fallor, iſte modus computandi plus ſubtilitatis quam utilitatis habet, & longe planior eſt ille, quem petimus ex* §. 5. eod. & d. l. 13. §. 1. *tot uncias aſſem efficere, quot teſtator voluerit. Exemplum cape ſequens; Inſtituerat teſtator Titium in quincunce, Mævium in ſextante, Cajum in Uncia, Sempronium denique in deunce. Maſſa hereditatis autem conſtabat 15575. thaleris. Jam inſtitue diviſionem ſecundum ductum* §. 7. *& deprehendes,*

(f) *Poſ. 14.*

Digitized by Google

quantis ambagibus ibi ſit opus: quibus omnibus carere poteris, ſi diviſio fiat ſecundum regulam §. 5.

RESPONSIO.

Non hoc vult Imperator, in ratione computandi ſemper utendum propoſitione Aſſis, ſed partes, quæ non exhauriunt totam hereditatem, ita accipiendas, ut heres aut heredes omnia bona vi teſtamenti conſequantur, ne caſus teſtati atque inteſtati ſimul exiſtat. Alioqui in computatione facienda, ſi res ita ferat, non dubitant ab Aſſis ratione diſcedere JCti, quemadmodum patet ex l. 13. in pr. de lib. & poſt. hered. inſtit. *ubi cum diviſio per 12. uncias fieri non poſſet, Julianus ad calculi rationem utitur numero ſeptenario.*

N. ADDIT.

At vero, ſi quis allegatos textus adſpiciat, videbit, JCtos quosdam ita ſubtiliter ſcrupuloſos fuiſſe, ut omnia redegerint ad ſolennem aſſis diſtributionem. Vide dictam l. 13. §. 2. 3. 4. 5. de hered. inſt. *Quamvis alii ea ſcrupuloſitate non fuerint uſi, ſed hereditatem absque reductione ad aſſem, ſtatim diviſerint in tot uncias, quot in teſtamento invenerunt, ut vel* ex §. 6. & 7. ejusd. legis *patet. Nam in textu ab Autore allegato, plane diverſus a noſtra quæſtione caſus eſt, & ſpecialiſſimus, qui, ut ex ipſo textu patet, aliam habet dubitandi rationem.*

5. (g) Si partes heredum inæquales velit eſſe Teſtator, diſerte oportet hoc exprimatur; Simpliciter enim nominati, partes habebunt viriles, *§. 6. h.* quæ ſemper ad aſſem rediguntur, ſi forte vel eum ſuperent, vel non æquent. Niſi unum vel duos diſtincte, reliquos collectiva oratione complexus ſit, velut, *Titius heres eſto, Sejus & Mævius heredes ſunto,* aut *fratris mei filii heredes ſunto.* Tunc enim duæ fiunt partes hereditatis; quarum unam Titius ſeparatim ſcriptus, alteram duo pariter poſiti, vel fratris filii obtinebunt, *l. 11. l. 13. l. 15. pr. & l. 59. §. 2. h. t.* niſi vel celeritatis cauſa factam eſſe conjunctionem, appareat, ut *l. 66. eod.* vel teſtator particulam *æque* aut æqualiter adjecerit, ut Ulpianus docet in *l. 13. pr. eod.* aut alia concurrant ſingularia, de quibus vid. *l. ult. C. de impub. ſubſt. ibique Interpp.* adde D. Wiſſenbach. *1. Pand. diſp. 56. th. 14.* (h) Quod ſi teſtator quorundam partes expreſſerit, aliosque ſine partibus heredes adjecerit; videndum eſt, an partes expreſſæ pauciores ſint, vel pares, aut plures, quam in aſſe continentur. Si pauciores, tum, qui ſine patribus ſunt ſcripti, eas patres, quæ deſunt aſſi, habebunt; Quod ſi æquent aſſem, tunc, qui indefinite ſunt ſcripti, totum ſemiſſem reliquis auferunt; quia teſtator aſſem inter certos heredes diſtribuens ac inſuper alios nominans, novum videtur aſſem conſtituiſſe, quem his deſtinavit, *§. 6. h.* Idem eſt, ſi partes expreſſæ ſuperant aſſem: ita hereditas in duos ibit aſſes, ſive dupondium, *§. 8. h. t.* quia & tunc duo putantur Aſſes, ſeu dupondius conſtans XXIV. unciis, ſcilicet dimidiatis, revera ſemunciis: quarum numerus teſtamento expreſſus cedit heredibus particulatim ſcriptis, ut ſi quatuor ex trientibus, alii ſimpliciter inſtituti; tum quatuor priores XVI. uncias, ſeu ſemuncias, reliqui habebunt octo, ut docet Imp. in *§. 8. h. t. l. 18. & l. 87. eod.*

6. Transeamus ad modum inſtituendi, de quo eſt *§. 9.* Poteſt enim inſtitutio fieri pure, vel ſub conditione. At in diem, vel ex die ut heredes inſtituantur, ratio juris Romani non patitur, quo heredis qualitas eſt indelebilis, neque temporarium characterem recipit, *l. 88. h. & l. 7. §. 10. de minor.* Cui accedit ratio modo allegata, quod paganus ſimul teſtatus ac inteſtatus mori nequeat, eo quod harum rerum naturaliter inter ſe pugna ſit, ut loquitur Pomponius in *l. 7. de R. J.* quod de ingenio & proprietate juris Romani accipiendum, quo Teſtator heredem inſtituens alium ſuo loco ſurrogare intelligitur, qui totum ſe repræſentet, nec alius, quam ipſe fuerit, eſſe videtur: Qui proinde ſemel heres factus, non poteſt non ſtatim incipere, nec unquam deſinere defunctum repræſentare, non magis quam defunctus ipſe potuerit a certo tempore vel ad tempus eſſe, quod fuerit. Quod autem temporis adjectio vitioſa dicitur, id ita accipiendum, ut ſuperflua, non heredis inſtitutioni noxia cenſeatur, *§. 9. h. t.* ſed dies incertus merito conditionis loco habetur, *l. 75. de C. ac D.* ſiquidem nihil refert, utrum heres ſcribat, *ſi navis ex Aſia venerit;* vel *quo die venerit.* Nec tantum id obtinet, cum de die plane non conſtat, an & quando ſit extiturus, ut in iſto exemplo; neque cum certum eſt, quando; incertum, an ſit extiturus, ut, *cum filius pubes factus erit;* ſed etiam, quando certum eſt, quod ſit extiturus, incertum quando; veluti, cum Cajus morietur, *l. 4. in pr. Quand. di. leg. ced.* quia manet incer-

(g) *Poſ. 15.* (h) *Poſ. 16.*

tum,

tum, an dies vivo herede ſit extiturus, ut ſi hic ante Cajum decedat.

7. (i) Conditio definitur, *Adjectio caſus in futurum collati, a cujus eventu actus ſuſpenditur*. Dicitur quidem in præſens quoque & in futurum concipi, ſed verborum figura magis quam revera, cum poteſtatem conditio nulla, niſi futurum reſpiciens, habeat, *l. 39. de reb. cred.* Juſtinianus in *l. un. §. 7. de Cad. toll.* triplicem facit conditionem, terminis non valde Latinis, *caſualem*, *poteſtativam & mixtam*, quibus tamen verbis haud cenſeo abſtineamus: Quidni enim Cæſar tot placitis jure Romano donatis, voculas quoque paucas eidem juri inſerere poſſit, non ut Latinæ, verum ut ſint juridicæ? Caſualis eſt, quæ ex eventu fortuito pendet. Poteſtativa, quæ in arbitrium confertur, *l. 13. de Acquir. hered.* Mixta, quæ partim in arbitrio, partim in poteſtate non eſt, qualis, Si Cajam in uxorem duxerit. Jus & effectus conditionis eſt, ut ſi non impleatur, heredis (k) inſtitutio deficiat, *l. 8. fin. pr. de Condit. inſt.* niſi forſitan is, in cujus perſona debuit impleri conditio, vel cujus emolumento deficeret, implendæ conditioni ſit impedimento, *l. 5. §. 5. Quando dies legat. ced.* ubi tale exemplum; Scriptus es heres, ſi Titia tibi nubat, Titia non vult, tu ſis tamen heres, idemque ſi legitimus heres vel ſubſtitutus nuptias impediat, *l. 161. de R. J.* Porro ejusmodi (l) conditio eſſe debet, quæ exitum habere poſſit; Nam quæ ex genere ſunt τῶν ἀδυνάτων, impoſſibiles conditiones, ſive per rerum naturam, ſeu juris ratione fieri nequeant, fruſtra adjiciuntur; turpes, inquam, & impoſſibiles conditiones, eodem loco hac parte habentur, *l. 6. l. 14. & ſeqq. de cond. inſt.* ſcilicet, pro non ſcriptis; neque impediunt, quo minus vi pura ſubſiſtat inſtitutio, *d. §. 10. l. 1. & l. 6. de cond. inſt.* quemadmodum diximus de die certo, eum inutiliter adjici, quatenus pro ſupervacuo habentur: niſi quis hoc intereſſe obſervet, impoſſibiles pro non ſcriptis haberi, turpes remitti, ut loquitur *l. 9. de cond. inſt. & l. 20. de C. & D.* Atqui Marcianus & Julianus irritam eſſe inſtitutionem ſcribunt, cum conditio exiſtere non poſſit, *in l. 16. eod.* ſed ex propoſito liquet, non ſimplex ibi τὸ ἀδύνατον, factum unum quod fieri nequeat, intelligi, ſed duplicem conditionem, quarum una alteri contrariatur eamque evertit, vulgo *perplexam* vocant; Quippe ubi pugnantia inter ſe in teſtamento jubentur, neutrum eſſe ratum, monet Celſus in *l. 188. de R. J.* Habetur autem impoſſibilis conditio, quæ per ſe repugnantiam a natura, vel jure implicat: quæ vero poſſibilis in genere, ſed plane aut pene impoſſibilis ſit reſpectu ejus, cui injungitur, ut ſi homo octuagenarius heres inſtituatur, *ſi poſt 50. annos monumentum teſtatori fecerit*, hic non eſt heres. Uti nec ſervus liber ſit, qui manumiſſus eſt ſub conditione, ſi heredi *millies* dederit, id eſt, 75. tonnas auri quas vocant, *l. 4. §. 1. de ſtatulib.* Ergo nec ut impoſſibilis conditio pro non ſcripta habebitur, qua homo claudus heres inſtituitur, *ſi pedibus in capitolium adſcenderit*; neque forte cum Eunuchus, *ſi filium procreaverit*; ſed ejusmodi conditiones tanquam non completæ inſtitutionem corrumpere videntur, *arg. d. l. 4.* Impoſſibilia igitur in teſtamentis ſemper explicantur in favorem eorum, quibus adſcripta ſunt, quia cum Teſtator liberalitatem exercere, neque non ſerio agere præſumatur, ineptitudo adjectionis τοῦ ἀδυνάτου, per incogitantiam, aut ob quidvis potius, quam ut irritum ſit quod diſponit, excuſatur. Inde vero ſequitur, quando teſtator ab herede legatum vult præſtari cum impoſſibili conditione, non legatario, ſed heredi adſcripta, id quoque in heredis favorem explicandum, ac ita vitiari legatum, *§. ult. in fin. I. de legat.* quod valeret, ſi τὸ ἀδύνατον legatario fuiſſet adjectum. Cæterum, poſſe heredem ſub qualibet conditione, quæ non prorſus facultate careat, inſtitui, cum paſſim aliunde certum eſt, tum ex *l. un. §. 7. C. de cad. toll.* etiam ex eo, quod filiusfam. excipitur, ne ſub quavis conditione inſtituatur, ſed tantum ſub ea, quæ ſit in poteſtate ipſius, *l. 4. de hered. Inſt.* Ratio eſt, ne conditione non exiſtente, neque inſtitutus, neque exheredatus inveniatur, quam ob cauſam etiam impoſſibilis aut turpis conditio filiofam. adjecta, infirmat teſtamentum, *l. 15. de cond. inſt.* Hodie nulla cauſa eſt, cur non filiæ, quia pari jure cum maribus liberis gaudent, etiam hactenus illis adæquatæ videantur, *arg. §. 5. tit. præced. l. 4. C. de lib. præt.* Duo poſtremi verſus apud Juſtinianum ſunt lectionis tantum; Si plures conditiones in inſtitutionibus adſcriptæ ſunt; ſi quidem conjunctim, ut puta, *ſi illud & illud factum erit*, omnibus parendum eſt; ſi ſeparatim, veluti, *ſi*

(i) *Poſ. 17.* (k) *Poſ. 18. 19.* (l) *Poſ. 21. 22.*

illud, aut illud factum erit, cuilibet conditioni obtemperare ſatis eſt. Ii, quos nunquam teſtator vidit, heredes inſtitui poſſunt; veluti, *ſi fratris filios peregrinantes*, ignorans *qui eſſent*, heredes inſtituerit, ignorantia enim teſtantis inutilem inſtitutionem non facit. Hactenus Imperator.

Tit. XV.
De Vulgari ſubſtitutione.

Subſtitutio quid & quotuplex. Tres de ſubſtitutione regulæ. Quid juris, ſi ſervus pro libero inſtitutus acceperit ſubſtitutum.

(a) CUm facile eveniat, ut is, quem Teſtator ſucceſſioni ſuæ deſtinaverat, eam vel nolit ſuſcipere, vel fato non poſſit; ne defunctus contra voluntatem ſuam ad inteſtati conditionem recidat, proviſum eſt legibus, ut plures heredum gradus ordinare liceat, ita ut deficiente primo, ſecundus loco ejus potiatur, quod jus *Subſtitutio* vocatur; quæ definitur, *ſecundi vel ulterioris heredis inſtitutio*, *l. 43. §. 2. in fin. de vulg. & p. ſubſtit.* quamvis & inſtitutioni ſpecialiter dictæ ſæpius opponatur, *l. 1. eod.* Eaque duplex fertur in *Rubricis Pandect. Inſtit.* & paſſim, Vulgaris, atque Pupillaris. Tertium quidem genus, Reciproca ſubſtitutio appellatur in *l. 4. §. 1. h. t.* ſed verborum figura tantum diverſa, revera nil niſi duplex, vulgaris eſt, aut pupillaris. Vulgaris, quæ fit *vulgo*, id eſt generaliter, a quovis teſtatore, in locum cujuslibet heredis. Pupillaris, quæ a Patre fit, in locum filiiſam. impuberis, de qua *tit. ſeq.* Vulgaris fit in caſum, ut dicitur, primum, ſi is, qui inſtitutus eſt, heres non fiat, quod accidit, non modo in caſu delatæ, non acquiſitæ hereditatis, ut vult Cujacius; ſed etiam, quando ne delata quidem eſt, ut ſi heres ante teſtatorem moriatur, *l. un. §. 4. C. de Cad. toll.* item quando delata hereditas repudiatur, vel adiri non potuit, *l. 3. C. de hered. Inſt.* Forma igitur hujus ſubſtitutionis eſt talis, *Titius heres eſto, ſi Titius heres non erit, Cajus heres eſto.* ut Juſtinianus *heic in pr.* docet; addens, ſurrogationem illam poſſe & deinceps, in quot gradus voluerit Teſtator, produci. Sub illis autem verbis; *ſi heres non erit*, duo caſus comprehenduntur, *ſi vel noluerit, id eſt, repudiaverit, vel non potuerit ante vel poſt obitum teſtatoris, morte præventus, d. l. un. §. 4. C. de caduc. toll. l. 3. C. de hered. inſtit.*

2. (b) Quæ porro Juſtinianus in *hoc capite* tradit, ea tribus regulis, unaque ſingulari quæſtione comprehenduntur. Regula prima eſt in *§. 1.* ſubſtitutionem exemplo inſtitutionis *tit. praeced.* numero fieri poſſe indefinito, uni priore loco inſtituto recte plures ſubſtitui; & pluribus inſtitutis unum poſſe ſubſtitui; atque etiam heredes ſibi invicem ſubſtitui ſolere, quæ eſt reciproca ſubſtitutio, ut vocatur in *l. 4. §. 1. h. t.* ſeu mutua, ut in *l. 64. de leg. 2.* & hæc vel diſtinctis periodis fit, vel una complexione verborum, quam vulgo breviloquam appellant, (c) ſeu compendioſam, *l. 8. de Imp. & al. ſubſt.*

SCHOLIUM.

Hæc reciproca ſubſtitutionis ſpecies plane videtur eſſe ſuperflua, nec ullam utilitatem in praxi habere: cum, etiamſi illa facta non fuiſſet, idem tamen heredes ſibi ſubſtituti conſequerentur, jure accreſcendi.

RESPONSIO.

Juriſconſultos id agere, ut quæ tacite conſequuntur, ſæpe tamen expreſſe commemorare & inculcare gaudeant, idque in arte populari fructu non carere, ſatis conſtat. Neque vero diverſitas in uſu negotii deeſt: etenim accreſcendi jus, ſi plures ſint conjunctorum copulæ, tantum inter conjunctos ejusdem generis habet locum, non inter omnes coheredes; cum ſubſtitutio reciproca ad omnes æqualiter ſpectet, l. un. §. 10. C. de cad. toll. l. 89. de legat. 3. *Modeſtinus ſane reciprocam ſubſtitutionem tertii generis appellare non dubitat, d. l. 4. §. 1. Bonis avibus! Contenti ſimus hoc Catone, neque cenſuram in Artis conditores eo usque producamus, ut quæ clarius docendi cauſa ab illis inſtituta ſunt, etſi non omnia perinde gravia, boni conſulere gravemur.*

N. ADDIT.

Hic mallem, ut JCtorum cauſam contra Scholium melius defendiſſet Autor, quam fecit. Aliud eſt doctrina cauſa, quæ tacite ſequuntur, expreſſe commemorare, quod ſua utilitate non caret, aliud, in negotiis & actionibus humanis modum agendi inculcare, & commendare, qui nullum

(a) *Poſ. 1. 2. 3. 4. 5.* (b) *Poſ. 6. 7.* (c) *Poſ. 8.*

habet

habet uſum & effectum: quod ſane laudem non meretur, & vix excuſationem. Diverſitas, quam oſtendere vult Autor, a me non agnoſcitur. Nam textus adducti probant equidem, quod aſſeruit de jure accreſcendi, non probant quod aſſerit, in ſubſtitutione reciproca ex tali cauſa omnes æqualiter ſuccedere. Finge, dixit teſtator, Primus & ſecundus heredes ſunto, Tertius heres eſto, Quartus, Quintus & Sextus heredes ſunto. Et hos ſibi invicem ſubſtituo. Hic ſecundum mentem Autoris, ſi primus deficeret, omnes reliqui æqualiter per hanc formulam deberent ejus portionem inter ſe dividere. Ego vero arbitror, ſolum ſecundum eſſe ſubſtitutum, vel ex regula, quam mox tradit Autor: Quemadmodum teſtator dilexit heredes in inſtituendo, ita eosdem dilexiſſe videtur in ſubſtituendo. Quod vero Modeſtinus reciprocam ſubſtitutionem tertii generis appellet, id ſive bonis ſive malis avibus factum fuerit, ſcholium non ferit, quod nunquam de exiſtentia ſubſtitutionis dubitavit, ſed de utilitate. Reliqua verba teſtantur quidem de indignatione Autoris erga meum Scholium, & de veneratione erga JCtos Romanos, ſed tamen bonam JCtorum cauſam, quod pace Viri, quem etiam poſt mortem veneror, dictum ſit, male defendunt. Ergo videamus, an illam naſutam ſcholii objectionem cum majori JCtorum honore removere poſſimus. Scilicet per leges de caducis, (de quibus videatur præter Comment. ad Cod. tit. de Caducis tollendis, *Ulpianus* in fragm. tit. 17.) *impediebatur Jus accreſcendi: Quoniam tamen eædem leges non impedirent ſubſtitutiones, a teſtatoribus, qui ſecundos heredes ſcribere nolebant, & tamen jure accreſcendi locum eſſe, aut potius leges caducarias excludere volebant, inveniebatur ſubſtitutio illa reciproca, quæ adeo tum magnum habebat uſum. Quem a me tum, cum ſcholia ſcriberem, pro ſupina illius temporis juris, qua pollebam, ſcientia ignoratum fuiſſe, non miror, miror vero valde, a Viro in Antiquitatibus Romanis tam egregie verſato non fuiſſe obſervatum, cum tamen ejus diſertam mentionem faciat ipſe Imperator* in d. l. un. pr. de Caducis tollend. *Adde Wiſſenb.* ad illum tit. Cad. p. m. 664. *Nunc autem, poſt quam Juſtinianus leges de caducis abrogavit, et ſi nullum habeat amplius uſum ſubſtitutio reciproca, nec credo ullum ejus in praxi occurrat exemplum, non injucundum tamen eſt, eam fuiſſe traditam; ut videlicet & antiqui mores Romanorum non ignorentur, qui ſæpe viam pandunt ad intelligendas eo melius conſtitutiones noviores.*

Regularum altera eſt in *§. 2. Quemadmodum Teſtator dilexit heredes in inſtituendo, ita eosdem dilexiſſe videtur in ſubſtituendo.* Quod axioma duntaxat in reciproca ſubſtitutione obtinet; nam alioqui partes nihilo ſecus inter ſecundos heredes ac inter primos conſtituuntur, de quibus dictum *tit. præc.* Verum, ſi duo ex quadrante, tertius ex ſemiſſe heres ſit dictus, iique mutuo ſubſtituti, dein contingat, ut ex duobus alter ac ita quadrans deficiat, tum de illo quadrante heres ex ſemiſſe, tanto plus habet eo, qui ex quadrante eſt heres, quanto ſemis quadrante major eſt; conſequenter ille duas, hic unam habebit unciam. (d) Tertia regula *in §. 3.* eſt hæc; *Subſtitutus ſubſtituto etiam eſt ſubſtitutus inſtituto.* Teſtator fecit heredes *Primum* & *Secundum.* Hunc illi ſubſtituit, Secundo ſubſtituit *Tertium.* Secundus deficit, *Tertius* ei ſubſtitutus jam portione ejus potitur; mox & Primus deficit, Secundo jam ſublato; *Tertius* partem quoque primi petit; Heres legitimus excipit; Tu non es primo ſubſtitutus. Replicat *Tertius*, ego ſum ſubſtitutus *Secundo*, qui ſubſtitutus erat Primo, conſequenter etiam Ego. Et hoc efficit ratio, ne teſtator pro parte teſtatus, pro parte fiat inteſtatus, ut Tertius partem quoque *Primi* deficientis adipiſcatur, *d. §. 3.* (e) In *§. ult.* ſpecies proponitur ſingularis, quæ utcunque nullum his temporibus uſum habere queat, doctiſſimorum tamen hominum ingenia torquere non deſinit, tametſi ab eo, qui nil quam Practicus εὔχεται εἶναι, impune contemnatur. Servus eſt in hypotheſi, quem teſtator ſui juris eſſe credens, fecit heredem, eique ſubſtituit Sempronium. Detecta mox conditione ſervili, Dominus ejus vindicat hereditatem jure communi; ſubſtitutus contra, ſibi arrogat ſucceſſionem; quia cum ſervus heres eſſe nequeat, primus gradus deficere, ac ita ſubſtitutus vocari videtur. Cum uterque probabili ratione nitatur, via medietatis placuit, ut ſubſtitutus cum domino ſervi in partem admittatur, *æquam*, ut videtur, τὸ ἥμισυ λαμβάνει, inquit Theoph. partem quippe ſimpliciter poſitam, de parte æquali intelligendam eſſe, probat *l. 43. de uſufr. l. 164. §. 1. in fin. de V. S.* Nota objectio eſt ex *l. 40. de Hered. Inſt.* ubi primo Julianus ait, Sempronium ſubſtitutum in partem hereditatis admit-

(d) *Poſ. 9.* (e) *Poſ. 10.*

ti; in fine dicit, ſemiſſes fieri, & alterum ſemiſſem dividi. Si fas ſit conjecturis antinomias conficere, dicamus licet, ſubſtitutum Sempronium *in l. 40.* fuiſſe coheredem ſervi, & hac ratione ſemiſſem unum habuiſſe præcipuum, alterum vero tanquam ſubſtitutum, cum Domino ſervi eſſe partitum. Cujacius in *d. l. 40.* pro *alter ſemis* legendum putat *as*, quaſi errore ex notarum conſuetudine orto; ſenſu quidem optimo, ſed audacius. Majori verecundia ſe commendat lectio Viri Cl. *G. C. Cruſii*, Anteceſſoris Lugdunenſis, ut pro *SEMIS* ſcribatur *SEM. AS.* tali contextu; *igitur in hoc caſu ſemiſſes fient, ita ut alter Sempronii (ſit) as inter eum, qui dominus, &c.* qua de re diſerte auctor in Diatribe ad *d. l. 40.* Sed hæc emendatio non bene *deſcendit ad literam*, dixiſſet Accurſius.

SCHOLIUM.

Speciem in d. l. 40. *recenſitam ejuſque deciſionem, tot doctiſſimorum hominum ingenia fatigaſſe valde miror;* Vide quos citat Noſter in Prælect. conſ. Strauch. IX. 25. ibique notata p. 110. *Res plana eſt, & principiis bonæ interpretationis convenientiſſima. Facti ſunt duo ſemiſſes; unum dominus ſervi retinuit, alterum cum ſubſtituto diviſit. Neque huic contradicit Tribonianus. Mallem enim oſtendatur mihi ratione aliqua firmiter concludente, per partem in* §. 3. h. t. *intelligi partem dimidiam; Plura addere hujus loci non eſt.*

RESPONSIO.

Quid concludentius eſſe poteſt, quam quod habetur in l. 164. §. 1. de V. S. *Si non* fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur, & in l. 43. de uſufr. *Si non* ſpecialiter *facta ſit partis mentio*, dimidia pars bonorum continetur. *Quod nec ſenſu communi aliter ſe habere poſſe, manifeſtum eſt. Non ſemper igitur quod facillimum, id optimum eſſe in medicina juridica, putandum eſt.*

N. ADDIT.

Quaſi vero iſta communis reſponſio, & vulgatum dicterium de parte dimidia in dubio intelligenda, mihi fuiſſent incognita, cum ſcholium ſcriberem. Et vereor, ne Autor ſibi magis quam mihi, dicere debuerit iſtud monitum. Non ſemper in medicina juridica id optimum eſſe, quod eſt facillimum. Nimirum antequam de ſenſu Inſtitutionum videamus, breviſſimis explicandæ 40. & 41. ll. ff. de hered. inſtit. Ait Julianus; Si paterfamilias *ſervum quendam fugitivum, qui ſe* Titium *nominaverat*, quemque *adeo teſtator* ingenuum eſſe credebat, heredem ſcripſerit, eique ſi heres non eſſet, Sempronium ſubſtituerit, *deinde poſt mortem Teſtatoris ille* Titius *a Domino ſuo vindicatus*, & quia *ita* ſervus fuerat, juſſu domini adierit hereditatem; *quæritur, an dominus ſervi hujus debeat hereditatem acquirere, an vero Sempronio ſubſtituto reſtituere, quia ſcilicet, ſi Teſtator ſciviſſet Titium eſſe ſervum, forte non inſtituiſſet, ſed ſtatim ſubſtitutum in ejus locum inſtituiſſet; & quia, cum eum ut ingenuum inſtituiſſet, caſus iſte, ſi Titius (nempe ut ingenuus) heres non erit, quaſi extitiſſet. Sed cum tamen iſta ratio valde ſit dubia, quia Romanis non fuit infrequens, etiam ſervos heredes facere, & adeo illa ratio ſaltem præſumtiunculam quandam faciat, contra rationes fortiores in contrarium ſint: regulæ æquitatis ſuadent, ut in hoc dubio major hereditatis pars maneat apud Dominum Titii, adeoque* poteſt dici, Sempronium, *propter illud leve dubium ſaltem* in partem *aliquam minorem hereditatis admitti. Rationes autem fortiores, quæ pro domino militant, intellectu non ſint difficiles.* Nam qui ſcit aliquem ſervum eſſe, & eum heredem ſcribit, & ita ſubſtituit: Si Stichus heres non erit, Sempronius heres eſto; intelligitur tale quid dicere: Si Stichus neque ipſe heres erit, neque alium fecerit: At qui eum, quem liberum putat eſſe, *(ut in propoſito caſu teſtator fecerat,)* heredem ſcripſerit, hoc ſermone, Si heres non erit, nihil aliud videtur ſignificare, quam ſi hereditatem vel ſibi non acquiſiverit, vel mutata conditione alium heredem non fecerit. Quæ adjectio *verborum ultimorum, (ne quis miretur, quomodo, qui hominem liberum eſſe putat, poſſit de ejus domino cogitare)* ad eos pertinet, qui patres familias heredes ſcripti, poſtea in ſervitutem deducti & *ſervi pœnæ effecti* fuerint. Igitur, *cum hic pro Sempronio ſola militet legis illa conjectura, quod tamen teſtator errans in ſtatu Titii, forte, ſi ſciviſſet, eum ſervum eſſe, eum non inſtituiſſet*, in hoc caſu ſemiſſes fient, *non, ut unum eorum retineat dominus & alterum det Sempronio, ſed* ita ut *ſolum* alter ſemis inter eum, qui dominus inſtituti heredis fuerit, & ſubſtitutum, æquis portionibus dividatur, *alter vero ſemis integer apud dominum maneat. Si ita ex regulis bonæ interpretationis textum explices, nulla difficultas eſt, nulla correctione opus. Et miror, quod Dd. textum corrigentes, non ſenſerint, abſurdiſſimam fore ſententiam Juliani, ſi*

Digitized by Google

recitatis ſolum rationibus pro Dominio Titii, nulla (ne illa quidem, quam modo in expoſitione & periphraſi textus ſupplevimus) pro ſubſtituto, deciſionem tamen in favorem ſubſtituti ex æquis hereditatis partibus facere voluerit. Porro, quod legem ſubſequentem attinet, excerptam ex Pomponio, ipſa verba, quibus compilatores utuntur, ubi in textu ipſo Pomponium citant, oſtendunt, quod illius verba non ſint Pomponii ipſius, ſed unius ex compilatoribus, qui putavit, ſe ſententiam Juliani egregie illuſtrare potuiſſe, exemplo illo Parthenii. Optandum equidem eſſet, ut de hoc caſu & exemplo diſtinctius conſtaret. Nunc vero apud hiſtoricos, quorum opera vel fragmenta ad nos pervenerunt, ea de re nihil. Parthenius Cæſaris Tiberii ſervus, ut compilator dicit, ab aliquo teſtatore ut ingenuus erat inſtitutus; & ut ingenuus etiam adierat hereditatem. Poſtea a Cæſare vindicatus, cum hic retinere potuiſſet hereditatem totam, tamen ex quadam animi generoſitate diviſit hereditatem cum ſubſtituto. Unde patet, hoc exemplum non quadrare ad mentem Juliani, qui voluit, quartam ſaltem partem ſubſtituto reddi. Sed compilator non intelligens ſenſum Juliani, exemplum hoc, tanquam quod mentem Juliani egregie illuſtraret, imperite adjunxit. Jam ad Inſtitutiones. Hic primo evidens eſt, eum, qui hujus compilationis Autor eſt, informando §. ult. h. t. *ante oculos habuiſſe duos illos textus Pandectarum hactenus expoſitos. Nam ad verbum ex iſtis duabus legibus integer paragraphus eſt deſcriptus, niſi, (ut videlicet compilator de ſuo aliquid adderet,) quod ſubſtitutus ibi non Sempronius, ſed Mævius appellatus fuerit, & quod verba illa Juliani, de diviſione aſſis in duos ſemiſſes, vim omnem deciſionis ejus continentia, plane omiſerit, cum ſcilicet ea non intelligeret, (uti nec intellexerunt noſtri interpretes, propterea de ejus intellectu ſe torquentes,) aut non putaret, convenire ea cum decreto Tiberii in lege ſequente. In eo tamen compilator Inſtitutionum cautior fuit, quod, cum ſentiret, deciſionem Juliani de aſſe dividendo in ſuos ſemiſſes, aliquid continere, quod non intelligeret, ne forte lex ſequens 41. ut jam ſuſpicari incipiebat, inepte in Inſtitutionibus connecteretur cum verbis præcedentibus legis 40. ſententiam decreti Tiberiani de diviſione in partes æquales non diſtincte retulit, ſed ſaltem dixit, quod Tiberii decretum ſit conforme deciſioni præcedenti. Interim iſta omiſſione verborum Juliani, effecit compilator Inſtitutionum, ut duo orirentur incommoda. Initio, ut, qui Inſtitutiones explicare inciperent, & neſcirent, paragraphum hunc ex iſtis legibus Pandectarum explicandum eſſe, ſed ejus verba, prout jacent, conſiderarent, putarent, per* partem *in verbis ex Juliano deſumptis, intelligi partem dimidiam, ſecuti videlicet rationes ab Autore in reſponſione adductas, (in quo eos facile excuſatos habeo, cum ſi ſine relatione ad fontes ſuos excerpta hæc conſiderentur, nullam aliam explicationem poſtulent.) & rationes a Juliano pro domino ſervi adductas, plane in alium ſenſum traherent, quaſi nempe Julianus iis ad objectionem, quod tota hereditas pertineat ad ſubſtitutum, reſpondere & oſtendere voluerit, cur tamen Dominus admittatur in partem dimidiam. Ita ſtatim Theophilus paragraphum iſtum in ſua paraphraſi interpretatus eſt, quem deinde interpretes reliqui ſecuti ſunt, ut anſeres anſerem. Deinde, quod, cum in Pandectis deprehenderent verba Juliani in Inſtitutionibus omiſſa, non admittere expoſitionem illam, quam de textu Inſtitutionum fecerant, non animadverterent textum Inſtitutionum ex hoc fonte ſuo aliter eſſe explicandum, ſed formarent ſine ulla ratione antinomiam inter Inſtitutiones & Pandectas, & poſtea, ut conciliarent hanc in cerebro ſuo effictam antinomiam, miris modo ſudarent & textum miſere torquerent. Illud obiter addo: Theophilum in paraphraſi ſua Parthenium ex errore facere ſervum Imperatoris D. Pii. Et falli Dionyſium Gothofredum, qui ibidem vult, in Inſtit. pro* Tiberius *legendum eſſe* Titus Veſpaſianus. *Etſi enim eum in finem citet Dionem & Suetonium, hi tamen nihil aliud dicunt, quam quod Parthenius quidam fuerit cubicularius Domitiani, adeoque non ejus ſervus, imo Suetonius diſerte mentionem injicit de quodam liberto Parthenii.*

TIT. XVI.

De Subſtitutione pupillari.

Unde & quid ſubſtitutio pupillaris. Alteram ſpeciem alteri tacite ineſſe. Nudam ſui heredis exiſtentiam firmare Tabb. pupillares. De ſubſtitutione exemplari. Ad §. 2. & 3. De ſubſtitutione facta exheredato. Ad §. 5. 6. Denique ad §. & 8. ult.

(a) Jus

Digitized by Google

(a) JUs illad vulgare ſubſtituendi, profluebat ex Regula XII. Tabb. *Paterſamilias uti de re ſua legaſſit, ita jus eſto, l. 120. de R. J.* Sed pupillaris ſubſtitutio virtutem illius regulæ egreditur, neque ex Lege XII. T. ſed moribus introducta eſt, ut Ulpianus affirmat in *l. 2. pr. de Subſtit. item hoc pr. inf.* tanquam effectus Patriæ poteſtatis, *ibid.* quæ & ipſa moribus recepta dicitur, ab eodem Ulpiano in *l. 8. de his, qui ſui vel al. jur.* Et quidem antiquo jure, quo cuncta liberorum bona Parentum erant propria, non usque adeo inſolens erat, Patrem de bonis filiorum diſponere; ſed poſtquam adventitiæ res propriæ liberorum ſunt factæ; paulo enormius videtur, Patrem dare filio heredem, non modo in ſua, ſed in bona materna quoque, & ab iis maternum excludere ſanguinem, avum etiam & matrem, fratresque ac ſorores *l. 8. §. 5. de inoff. teſtam.* Quod videlicet eſt ex juribus patriæ poteſtatis, quam ſupra monuimus, longe apud Romanos exceſſiſſe terminos juris naturæ & gentium. Quanquam alioqui hæc ſubſtitutio rationi optime congruit, ut pro eo, qui per judicii infirmitatem ipſe teſtari nequit, fungatur is, quem natura gubernatorem omnium ipſius actionum eſſe voluit. Eſt igitur pupillaris ſubſtitutio, *Quando Pater liberis impuberibus, quos habet in poteſtate, dat heredem, in caſum, quo heredes jam exiſtentes ante pubertatem ſunt morituri*, qui caſus eſt ſecundus, reſpectu alterius, *Si heres non erit;* qui primus eſt, *l. 8. C. de Im. pub. & al. ſubſt.* adde *pr. h. t. ibique* Theophilum.

2. (b) Differentias a Vulgari definitio ſatis indicat. I. In hac quilibet teſtator ſubſtituit, in pupillari ſolus pater, non mater; etenim *l. 33. de vulg. & pup. ſubſt.* agit de ſubſtitutione facta quidem pupillo; unde *pupillares* tabulæ; ſed forma vulgari. II. In vulgari quibusvis heredibus ſubſtituitur, in pupillari filiisfam. impuberibus. III. Illa fit in caſum primum, hæc in ſecundum, ut expoſuimus. Præterea notandum, quod vulgariter ſubſtitutus teſtatori ſuccedat, non ei, cui ſubſtitutus eſt, *princ. tit. præc.* ſed in pupillari ſubſtitutione ſucceditur pupillo, non teſtatori, *princ. h. t.* Unde ſequitur, ad ſubſtitutum etiam adventitia, nec non ea pertinere bona, quæ poſt obitum teſtatoris ad pupillum pervenerunt, *l. 10. §. 5. h. t.* Item quando pupillus ſe abſtinuit hereditate paterna, quod tunc ſubſtitutus, (qui nihilominus admittitur) ut mox videbimus, creditoribus hereditatis paternæ reſpondere non debeat, *l. 42. de Acquir. hered.* niſi pupillus primo ſe miſcuerit hereditati, poſteaque beneficium abſtinendi repetierit. De quo caſu cum Accurſio videtur intelligi poſſe *l. paterſamilias. 28. de reb. auctor. jud. poſſit. verſ. cum pupillus.* neque tunc opus delenda particula *non*, de qua vid. Gothofredum *ad d. l. 28. verſic. idem in ſubſtituto.* Refellitur enim ex *verſ. ſeq. quoniam filii pudori parcitur &c.*

3. (c) Quamvis autem ut ſpecies oppoſitæ proponantur, vulgaris & pupillaris ſubſtitutio, re ipſa tamen ſunt ſubordinatæ, nec quicquam impedit, quo minus in terminis habilibus conjungantur; Quam ſpeciem Græci portentoſa compoſitione vocant βυλγαροπυπιλλαρίαν; Cujus exemplum proponit heic *in pr.* Imperator his verbis: *Titius filius meus heres mihi eſto. Et ſi filius meus heres mihi non erit: ſive heres erit & prius moriatur ante, quam in ſuam tutelam venerit, id eſt, antequam pubes factus ſit, tunc Sejus heres eſto.* Ex quo liquet, olim, ut ſubſtitutio utroque caſu facta intelligeretur, utrumque caſum exprimi debuiſſe; *ſi filius heres non erit, ſive erit heres, at impubes morietur.* Unde ſequebatur, ſi quis filio ſuo pupillariter ſubſtituiſſet, isque Patrem morte præveniſſet, ſubſtitutum non potuiſſe admitti, quia filius heres non fuerat, quæ conditio erat ſubſtitutionis. Quanquam conjectura paternæ voluntatis non immerito dici poterat, cum qui usque poſt XIV. annos heres futurus erat, ex mente teſtatoris multo potius vocatum videri, ſi ſtatim voluntas ejus exitum habere poſſet. Quemadmodum in hanc ſententiam veteres ea de re diſputaſſe, ex Cicerone variis locis, & Quintil. *l. 7. c. 7.* intelligimus. Hodie vero etiam hoc membrum deciſione Imperatoria explicatum eſt, *ut pupillaris expreſſa contineat vulgarem tacitam;* (quicquid diſſentiat Vigl. *hic.* & Fab. *dec. 32. err. 9. & 10.*) ſed alter caſus, ſimili regula comprehenſus eſt, *ut vulgaris expreſſa tacitam pupillarem contineat.* Ideo cum Pater filiofam. ſubſtituit, *ſi heres non erit*, atque ille ſuperſtes Patri heresque exiſtens poſtea impubes moritur, tametſi conditio teſtamenti expreſſe deficiat, tamen, quia apparebat, teſtatorem noluiſſe filium ſuum mori inteſtatum, placuit eum ſenſum amplecti, quo filius exitum teſtati haberet; quatenus id

(a) *Poſ. 1.* (b) *Poſ. 2. 3. 4. 5. 6.* (c) *Poſ. 7. 8. 9.*

ſalvis

Digitized by Google

ſalvis legibus fieri poterat; adeoque heredem, qui ſtatim poſt obitum certo caſu heres futurus erat, vocari ad ſucceſſionem, quocunque tempore filius ex patris teſtamento heredem habere poſſet. Idque etiam propterea, ut videtur, quia conditio, *ſi heres non erit*, in ſpecie exiſtere non poterat, niſi filio ante Teſtatorem mortuo: nam ſi ſuperviveret, heres ipſo jure & neceſſario fiebat. Atqui patris voluntatem reſtringere ad caſum turbatæ mortalitatis, abs re videbatur; Et ſervato ordine naturæ, eventum conſequi non poterat; Hæc interpretatio eſt *legis 4. h. t.* Diſputare prolixius contra Viglium, Fabrum & alios, quod facit D. Vinnius 2. *Quæſt. 24.* pro parte regulæ prima, mihi ſupervacuum videtur, quia longe fortiori puto ratione, productionem caſus ſecundi ad primum niti, quam primi ad ſecundum, quem illi extra controverſiam ſtatuunt. Citatæ autem *l. 4.* plane ea mens eſt, pupillaris tacitæ, quæ vulgari ineſt, eundem eſſe effectum qui pupillaris expreſſæ, ideoque nulla cauſa eſt, quare non etiam mater per hanc tacitam excludatur,* ut crebrius ſentiunt Interpp. quos citat D. Wiſſenb. *1. ff. 56. th. 28.* non paucis tamen diſſentientibus, quos Forum probaſſe, teſtis eſt Faber *l. 6. Cod. tit. 8. def. 1.* Nituntur hi duobus textibus, quibus revera exceptiones continentur. Prima eſt in *l. 2. C. de impub. ſubſt.* Exceptio altera eſt in *l. ult. C. de Inſt. & Subſt.* Dicemus ad *ff. h. t.*

4. (d) Dictum aliquoties, ſufficere ad effectum pupillaris ſubſtitutionis, quod filiusfam. Patri ſuperſtes fuerit, tametſi bonis ejus ſe non miſcuerit, neque hereditatem agnoverit, ſed timore æris alieni ſemet abſtinuerit; quia nihilomus verum eſt, filium Patri heredem fuiſſe; ſi quidem jus abſtinendi characterem ſui heredis nequaquam tollit, ut latius *ad §. 1. de hered. qual. & diff.* Traditur hæc res diſerte in *l. 12. h. t. l. 42. de Acquir. hered. l. 44. de Re Jud. aliisque locis.* Atque hoc eſt, quod communiter dictum eſt; nudam ſui hæredis exiſtentiam, confirmare tabulas pupillares. Unde e contrario ſequitur, verba hujus *princ.* ſi quidem *non extiterit heres filius*, ad eum caſum non pertinere, ſi filius ſe *abſtinuerit*, ut recte habet Theophili paraphraſis; quam cur D. Vinnius reprehendendam putet, aut quid inconcinni ex ea interpretatione oriatur, non animadverto; ſane quod videtur ſubeſſe, id nihili eſſe apparet. Cæterum, quando extraneus heres una cum filio, vel exheredato filio inſtitutus eſt, tum ad confirmandas pupillares tabulas, opus eſt aditione hereditatis, *l. 11. §. 1. ad Sc. Trebell. l. 2. §. 1. & l. 10. §. 4. de vulg. & pup. ſubſt.* E quibus temere Anton. Faber regulam generalem contrariam eduxiſſe videtur in *l. 2. Conject. cap. 2.*

5. (e) Cæterum, quia per judicii imbecillitatem filius, inquam, ipſe teſtari nequit, res poſtulat, ut pater ipſius vice fungatur, usque dum ætate ſatis matura vicariam teſtationem leges faceſſere jubent. Sed quoniam in liberis mente penitus captis, hæc ratio cum ætate habili ad teſtandum non ceſſat, quia ſemper teſtamenti faciendi ſunt incapaces, ideo placuit Juſtiniano, jure ordinare, (cum olim a Principe impetrandum eſſet, *l. 43. de vulg. & pup. ſubſt.*) *exemplo* pupillaris ſubſtitutionis aliam *quaſi-pupillarem* ſtabilire; *quia jus ſit Parentibus utriusque ſexus*, (in concurſu tamen Patri potius,) *liberis perpetuo mente captis, non minus quam ex legitima inſtitutis, dare ſubſtitutum, in caſum, quo extra uſum rationis ſunt morituri.* & quidem, ſi priusquam mente caperentur, nullum condiderint teſtamentum; id enim alioqui vim ſuam retinebit. Sub mente captis plerique hic intelligi non modo furioſos & prodigos, ſed etiam mutos & ſurdos volunt; Mihi præter eos, qui vitioſa naturæ diſpoſitione continuo nihil ſapiunt, religio eſt alios complecti, quia procul dubio hæc quaſi-pupillaris ſubſtitutio præter rationem veteris Jurisprudentiæ ex ſpeciali conſtitutione recepta eſt, quam nobis ultra terminos legis expreſſos non magis producere licet, quam veteribus ante Conſtitutionem *in d. l. 9.* veram pupillarem ad hanc ipſam exemplarem extendere licuit. Jam Conſtitutio in eadem *l. 9. C. de impub. & alior ſubſtit.*

* In Saxonia nec expreſſa nec tacita pupillaris ſubſtitutio, matris aut aviæ legitimæ præjudicare poteſt. Nam *P. 3. C El. 8.* expreſſis verbis matri legitimam relinqui jubet, ſi ſecus factum fuerit, nihilominus legitimam, nulla habita ſubſtitutionis ratione, vindicat, vid. Carpz. *ad eand. def. 3.* Quam Conſtitutionem cum Interpretes ad ſolam matrem, non ad reliquos Aſcendentes Maternos, pertinere exiſtimaverint, Carpz. *l. c. d. 5.* Deciſio *Elect. 47.* Aviæ Avoque Paterno & Materno idem jus tribuit. conf. Philip. *ad d. Dec. Obſ. un. n. 41. ſeqq.* (d) *Poſ. 7.* (e) *Poſ. 10.*

Digitized by Google

loquitur tantum de his, qui *perpetuo* mente capti ſunt & nihil ſapiunt. Atqui mutos & ſurdos non ſapere, nemo dicet; Furioſos verum quidem eſt nihil ſapere, dum furunt; ſed non ſunt hi, qui perpetuo deſipiunt; Nam & intervalla habent *καιροὺς διαλειμμάτων*, *l. 6. C. de Curat. fur.* & ſperantur *ἀνανήψειν*, ad ſanam mentem redituri, temperie ſpirituum mutata, quod plerumque fieri videmus. Proinde liberis furioſis ſtricte ita dictis, qui rabie agitantur, in caſum, quo in furore morientur, ſubſtitui poſſe a parentibus, affirmare non auſim, multoque minus prodigis, a quibus verba conſtitutionis adhuc longius abſunt. Diſſentit Scholiaſtes noſter ad *Poſit. 10. h. t.* remittens Lectorem ad ea, quæ dixerat ad Strauchium; quibus occupari, nobis heic integrum non eſt. Quamvis autem exemplo pupillari hæc altera ordinata ſit, non eſt tamen æque libera & arbitraria; nam parentes non modo liberos mente captorum præterire nequeunt, ſed nec ſuos liberos, qui ſunt fratres & ſorores mente captorum; ſubſtituere enim *omnes*, *vel certos*, *vel unum ex illis* oportet; ergo reliquos, uno ſubſtituto, præterire poteſt; quod quidem durum, vix tamen durius, quam quod eſt in *l. 8. §. 5. de inoff. teſtam.* ubi pater ſubſtituens filio pupillariter, matrem ejus præterit, ut nec Legitima peti poſſit. Ex eo quod dictum, etiam matri exemplaris ſubſtitutionis facultatem permitti, quia non poteſtatis, ſed humanitatis intuitu indulta eſt, *pr. d. l. 9.* intelligitur, veram pupillarem non eſſe maternæ diſpoſitionis, quia eſt patriæ, inquam, poteſtatis effectus, ut pridem dictum, nihil obſtante *l. 33. h. t.*

6. (f) Quæ jam porro docet Imperator, ea minus difficilis ſunt explicationis. Nam quod in hac ſubſtitutione duplex quodammodo teſtamentum eſſe, obſervat in *§. 2.* id mox corrigit, *aut certe unum*, inquit, *teſtamentum eſt duarum cauſarum*, id eſt, *duarum hereditatum.* Una quippe patris, altera filii, quæ & ſeparari poſſunt, ut una ad ſubſtitutum perveniat, altera non, ut *ſupra* dictum; Quin & duæ aditiones neceſſariæ, *l. 2. §. 1. h.* Nec tamen niſi unum eſt teſtamentum, quoniam ab uno Teſtatore eodem actu & ſolennitate factum, iisdemque a Teſtibus ſignatum eſt, *l. 20. h. t.* denique pupillare Teſtamentum, quod dicitur, pro parte & ſequela paterni habetur, *§. 5. h. t.*

(f) *Poſ. 11. 12.* (g) *Poſ. 13.*

7. (g) Levius, & conſiliarii magis quam Legiſlatoris eſt, quod in *§. 3.* inculcat; Teſtatorem, ſi metuat, ne ſubſtitutus ſpem nefariam conſcientia potiorem habens, filio ſuo inſidietur, recte facturum, ſi verſus eos, quibus ſubſtitutio pupillaris continetur, in extrema pagina ſcribat, eamque complicet, vel alteri applicet, linoque & cera conſignet; palam prohibens, ne pagina iſta, vivo & impubere adhuc pupillo, aperiatur. Ita facile obtinebit Teſtator, ne pupillus ejusmodi periculis ſit obnoxius, quibus alii propter nimiam de amicis fiduciam, ſuccubuiſſe leguntur, cujusmodi exempla ſunt in *l. 39. de Pœn.* Cicer. *orat. pro Cluent.* Sueton. *Galba cap. 9.* De forma veterum libellorum & inſtrumentorum; quæ plura quam heic neceſſe eſt, memorari poterant, ea remittimus ad locum. tu vid. Sueton. *Ner. c. 17. l. 1. §. pen. & ult. l. 8. §. ult. de b. p. ſec. tab. & l. ult. de fideic. lib.*

8. (h) Id quoque ex iis, quæ dicta ſunt, colligi poteſt, Patrem filio etiam exheredato recte ſubſtituere, *§. 4. l. 10. §. 5. h.* quoniam hunc perinde ac ſuum heredem habet in poteſtate, ac ſubſtituendi jus a Patria poteſtate pendet, quemadmodum de tutoris datione dictum ad *§. 3. ſupra de Tutel.* Difficulter tamen dixeris, quibus in bonis jure antiquo illa ſubſtitutio & tutoris datio habuerit effectum, ſi quidem omnia liberis undecunque acquiſita Patrum erant propria, exceptis caſtrenſibus, qualia impuberes habere non poſſunt. Sane in his bonis, quæ liberi expectabant ac ante pubertatem obveniſſent, valere poterat ſubſtitutio exheredati, *l. 10. §. 5. h. t.* Jure Codicis amplior ſine dubio ſeges eſt, rebus adventitiis paternæ proprietati ſubtractis. Sed noviſſime vix eſt, ut doctrina hujus *§.* magnopere obtineat, ajunt Interpretes, quoniam impuberes, quibus hæc ſubſtitutio convenit, vix aut nunquam exheredationem merentur, ex *Nov. 115.* Atqui tamen per querelam reſcinditur teſtamentum, in quo impubes exheredatus eſt, ut olim ita hodieque, ſicut *infra* videbimus, & jam vidimus *ſub fin. tit. de Exhered. lib.* Si querela non moveatur, heres erit, qui ſcriptus eſt, eoque deficiente, ſubſtitutus. Quin etiam qui ipſi exheredato ſubſtitutus eſt, admittendus erit, illo ante tutelam ſuam mortuo; Nunquam enim jus hujus loci mutatum legitur, præſertim poſtquam jure novo placuit, ut mox intelligemus, per querelam

(h) *Poſ. 14. 15.*

non reſcindi ſubſtitutionem pupillarem. Ad hoc in *Poſit. 13.* non ſatis exacte animum advertiſſe videmur, quod non fugit Scholiaſtem noſtrum ad *d. Poſ.* Illud & veteri novoque jure certum eſt, teſtatorem a filio exheredato ejusque ſubſtituto, legata relinquere nulla poſſe, quia hæc onera ſunt, quæ his, quibus nihil commodi a teſtatore fuit ortum, imponi nequeunt, *l. 41. §. 3. de teſtam. mil.* Verum quid ſi filius per querelam inofficioſi teſtamentum reſcindat, eoque reſciſſo, adhuc impubes moriatur, num ſubſtitutus hereditate potietur? Jure veteri nequaquam, quia certum eſt, ſi Patris teſtamentum non valeat, nec filii teſtamentum valere poſſe, *§. 5. in fin. h.* & cum inofficioſum teſtamentum arguitur, nihil ex eo valet, ait Paulus in *l. 28. in fin. de inoff. teſtam.* Qua in re mitior fuit bonorum poſſeſſio contra tabulas, per quam nihil aliud rumpebatur, quam ut filius contra quam ſcriptum erat, bona conſequeretur; ſalvo in reliquis capitibus judicio Patris, *l. 34. §. ult. h. t.* Nec diſſimilis ratio querelæ eſt hodie, quæ tantum movetur ad amoliendam a filio injuriam exheredationis, bonaque impetranda, quæ natura ei addixerat, adeoque ad inſtitutionem, quæ facta eſt, removendam, reliquis teſtamenti partibus inconcuſſis, *Nov. 115. c. 3. in fin.* ideoque ſubſtitutionem pupillarem quoque ſalvam eſſe, conſentaneum eſt: nam vulgarem per querelam aditionemque hereditatis evaneſcere, per ſe clarum eſt.

7. (i) Scilicet pupillare Teſtamentum, ſive ſubſtitutio, eſt pars, ut dictum, & ſequela Paterni, ideoque reſciſſo principali teſtamento, pupillaris ſubſtitutio non magis ſalva manet, quam toto corpore abolito, pars integra ſervari poteſt. Eadem ratione efficitur, ut Pater nunquam aliter filio, quam pariter ſibi heredem ſcribendo, ſubſtituere queat, *d. §. 5. in pr.* Quin adeo primi heredis inſtitutio fundamentum ſecundæ eſt, ut ſubſtitutio ne quidem priore loco recte collocetur, quando diverſis locis & interrupto contextu pars utraque teſtamenti componitur, ſed inſtitutio præcedere debebat, illo quidem caſu *l. 16. §. 1. h.* Nam ſi uno contextu abſque interruptione totum ſcribatur teſtamentum, ordo verborum nihil attenditur, *l. 2. §. 5. eod.* poſſe autem hoc caſu unitatem contextus, alioqui adeo myſticam, negligi in Teſtamento, alibi obſervatum eſt, *ſupra tit. 10. th. 5.* In §. 6. (k) nihil novum aut ἀπϱοσδόκητον continetur, nam quo minus Teſtator aut ſingulis liberis diſtincte, aut ultimo ex illis morienti, ſubſtituere ex arbitratu ſuo poſſit, nulla ratio erat dubitandi: Scilicet, cum ſingulis ſubſtituit, tam curioſus ſati eſt, ut liberorum unicuique ſuum velit aſſignare heredem; quando ultimo defuncto, cupit, ne bona extra familiam vadant, ſed & ſuperſtites aliorum mortibus augeantur. De hac ſpecie caſus eſt dubius, talis; Si liberi, quorum ultimo morienti unus idemque ſubſtitutus eſt datus, pariter decedant, an ſubſtitutus, qui ſupremum mortuum probare non poteſt, admittatur. Africanus affirmat in *l. 34. pr. h. t.* quia *poſtremus non is demum, qui poſt aliquem; ſed etiam poſt quem nemo ſit, intelligitur.* Martianus *in l. 34. ad SC. Trebell.* habet hanc ſpeciem: Pater filios heredes inſtituit, partem ejus, qui noviſſimus ex filiis moreretur, propinquo reſtitui voluit. Filii ſimul diem ſuam obierunt. Propinquus ſi non oſtenderit, quis noviſſimus obierit, ad partem hereditatis non admittitur. Videntur hæc eſſe contraria, ſed diverſæ rationes ſunt; In prima ſpecie, ſubſtitutus eſt noviſſimo morienti. In altera pars ultimi rogata fuit reſtitui, quæ pars demonſtranda eſt: Accedit, ut videtur, favor maternæ ſucceſſionis, quæ fideicommiſſariæ opponitur, *in d. l. 34.*

10. (l) Denique, Subſtitutio poteſt fieri vel nominatim, quod uſitatius & expeditius eſt, vel generaliter, ut dicat, quisquis mihi heres eſt, is filio meo heres eſto, *§. 7. h.* Inter utramque formulam hoc intereſt, quod qui nominatim ſubſtitutus eſt, filii ſucceſſionem conſequatur, etiamſi de bonis oneribusque paternis nihil adipiſcatur, ut audivimus. Qui ex altera formula, is de ſecundis tabulis non gaudet, niſi heres Patris fuerit, & quidem expreſſo ejus judicio vocatus, adeoque ſcriptus, non herus aut Pater, qui per filium aut ſervum, heredem ſe teſtatoris eſſe contendit, multo minus qui ſolo jure ſanguinis & inteſtati fretus eſt, *l. 8. §. 1. h. t.*

11. (m) Finitur Subſtitutio pupillaris eodem tempore, quo filius incipit ipſe ſibi ſcribere poſſe heredem, id eſt pubertate, *§. 8. h.* quamvis diſerte teſtator longius tempus comprehenderit, *l. 14. h. t.* Id enim fruſtra facit, verbis quidem civilibus, *l. 7. h.* Si *fruſtra* igitur in vim fideicommiſſi, talis non flectitur ſubſtitutio, quod nec ideo fieri poteſt, quia ſubſtitutio, quod nec

(i) *Poſ. 14.* (k) *Poſ. 16.* (l) *Poſ. 18.* (m) *Poſ. 20.*

ideo fieri poteſt, quia ſubſtitutio pupillaris eſt de bonis heredis, fideicommiſſum duntaxat de propriis teſtatoris, ideoque toto genere differunt; unde μεταμόρφωσις ejusmodi nimis foret inſolens, utique in paganis; nam in militibus nihil inſolens aut notabile eſt; hi poſſunt & vulgariter, poſtquam heredes extiterunt, & pupillariter ultra pubertatem ſubſtituere; ſic tamen, ut ſubſtitutus ea tantum, quæ propria teſtatoris fuerunt, adipiſcatur, *l. 5. de teſtam. mil. l. 15. h.* Poteſt etiam iis, quos in poteſtate non habet, miles ſubſtituere, *l. 41. §. 4. de teſt. milit.* quod paganis nullo modo licet. Verum (n) ſi quis ſuas res ab uno ad alium heredem velit devolvi, id per fideicommiſſum diſponere debet, de quo proprius erit *infra* dicendi locus: ſunt enim res diverſæ; quanquam fideicommiſſum haud inepte ſubſtitutio vocari poteſt, ac ita appellatur a Papiniano in *l. 57. §. 1. & 2. de Sc. Trebell.* & clarius ab eodem in *l. 41. §. 3. h. t.* Moribus hodiernis, pupillaris ſubſtitutionis uſum obſoleviſſe, niſi quatenus vim fideicommiſſi obtineat, conſtanti Pragmaticorum atteſtatione traditur; cum, quod Patria poteſtas illa Quiritium omnino fere evanuit, tum quod hoc caput, quo pater jus habet excludendi poſt mortem ſuam, fratres ſororesque impuberum a ſucceſſione eorum, (quod etiam in exemplari Juſtiniano iniquum fuit viſum, ne de avis maternis & reliquo ſanguine dicam,) prope inhumanum adeoque a ſecta hujus ſæculi alienum videtur. In Friſia tamen non eſt dubium, quin ſubſtiutio pupillaris plenum robur obtineat, libereque a Parentibus exerceri poſſit, vid. Sand. *lib. 2. Deciſ. tit. 7. def. 1.*

Tit. XVII.

Quibus modis Teſtamenta infirmantur.

Quot modis teſtamenta infirmantur. Et rumpendi modus prior. Alter, facto poſteriori teſtamento. Quo modo fiat irritum. Nuda voluntate non revocari. Principem non recte inſtitui litis cauſa.

(a) QUomodo Teſtamenti factio ordinari & quibus ſolennibus, quomodo heres inſtitui atque ſubſtitui debeat, adeoque totam Teſtamenti ſtructuram & œconomiam vidimus. Jam videndum, quibus modis deſtruantur. Sciendum autem, Teſtamenta, quæ non ut debent, condita ſunt, vel ab initio non valere, vel poſtea infirmari. (b) Quæ ab initio non valent, ipſo jure *Nulla* dicuntur. Cujusmodi ſunt etiam Injuſta, ſive non jure facta, in quibus deſunt ſolennia juris, *l. 1. de injuſt. rupt.* maxime ea, in quibus filiifam. ſunt præteriti, *l. 17. ibid.* Quæ (c) valent initio, nec tamen firma ſunt, ea infirmantur jure Prætorio, aut jure Civili. Prætorio per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ datur liberis emancipatis præteritis, *§. 3. I. de lib. exhered.* Jure Civili (d) *rumpuntur* aut *irrita* ſunt, aut *deſtituuntur*, aut denique *reſcinduntur*, quos terminos non tam ſecundum Priſcianum, quam Juſtinianum diſtinguere ſolemus, *§. 5. h.* Teſtamenta (e) *Rumpuntur* agnatione Poſthumi; & poſteriori Teſtamento æque perfecto. Poſthumi, vel vera, vel quaſi-agnatio eſt. De vera agnatione dictum *ad §. 1. ſupr. de exhered. liber.* Quaſi-poſthumorum tres quaſi ſpecies ſunt: Prima eſt nepotum, qui morte, vel emancipatione patrum, proximi avis, ac ita ſui ſunt facti, *§. 2. I. de lib. exhered.* Altera eſt eorum, qui a Teſtatore poſt conditum Teſtamentum arrogati ſunt, vel in deſcendenti gradu adoptati, *§. 1. h.* juncto *§. de Adopt. & §. 14. de hered. ab inteſt.* Tertia eorum, qui a Patre Teſtatore poſt factum teſtamentum ſunt legitimati; *§. ult. de Nupt.* Qui omnes *quaſi*-agnaſcendo rumpunt Teſtamentum, omniaque ad cauſam inteſtati redigunt. Nam conſtitutio nova, quæ ſolam heredis Inſtitutionem infirmat, ad Querelam inofficioſi ſolummodo pertinet, in *Nov. 115. c. 3. in fin.*

2. (f) Secundo, prius Teſtamentum rumpitur per poſterius. Nam declarationem voluntatis, qua nos alteri non obligamus, mutari licere, tam eſt naturale, quam obligationem conſenſu ejus, cujus intereſt, poſſe aboleri, certum eſt. Hoc ſenſu ambulatoria dicitur eſſe hominis voluntas, *l. 4. de adim. leg.* adeo quidem, ut nihil opus ſit, priorem voluntatem revocare in poſteriore, ſed aliam extare ſufficiat, per quam *ipſo jure* præcedens rumpitur, *l. 27. C. de Teſtam.* Quod verum eſt, etiamſi juraverit Teſtator, ſe non

(n) *Poſ. 11.* (a) *Poſ. 1.* (b) *Poſ. 2.* (c) *Poſ. 3.* (d) *Poſ. 4.* (e) *Poſ. 5.* (f) *Poſ. 6.*

Digitized by Google

non mutaturum prius Teſtamentum; Tali enim jurijurando nusquam jure civili major efficacia, quam declarationi injuratæ tribuitur. Quod ſi per juramentum Teſtator heredi id promiſerit, non dixerim, ſalva conſcientia eum mutare poſſe teſtamentum; quanquam, ſi mutatum ſit, in Foro poſterius valebit. Cæterum (g) duplex in teſtamento clauſula derogatoria uſurpatur. Altera poſterioris teſtamenti, qua derogatur cunctis voluntatibus antea conditis, quæ non eſt neceſſaria; & altera priori inſerta teſtamento, qua teſtator declaret, ſe nolle, uti poſterior ſua voluntas, ſi quam forte condiderit, ſubſiſtat. Qualis ſi priori Teſtamento ſit inſerta, tamen juris Romani ratio non permittit, ut homo liber, eo modo ſupremum ſibi arbitrium præcidat, auctore Hermogeniano in *l. 22. de leg. 3.* & Marciano *l. 6. §. 2. de jure codic.* Sed uſu fori eſt receptum, teſtamenta clauſulis derogatoriis munita, per poſteriora non aliter rumpi, quam ſi Teſtator in noviſſimo clare dicat, ſe mutare ſententiam, & revocare illam clauſulam, teſte Sandio *l. 4. tit. 1. def. 1.* Nec videtur hoc temperamentum carere fundamento, propter *l. 22. de leg. 3.* ubi Teſtator dixerat; *cui bis legavero, ſemel deberi volo.* mox in eadem ſcriptura bis uni legat; JCtus ait, bis deberi, quia poſterior voluntas potior eſt, quam prior derogatio impedire nequit: *ſed hoc ita locum habebit*, pergit textus, *ſi ſpecialiter dixerit, prioris voluntatis ſibi pœnituiſſe, & voluiſſe, ut legatarius plura legata accipiat.* Hanc clauſulam plerique adſutam a Triboniano cenſent, quod Cujacii & auctoritati, & rationibus *l. 14. obſ. 7.* haud ægre conceſſerim. Atqui Juſtinianus hoc capitulum omnesque Pandectas, ut a Triboniano ſibi oblatæ ſunt, confirmavit; adeoque etiam huic clauſulæ robur dedit, ut jam parum interſit, Hermogeniani, an Triboniani ea verba cenſeantur. Quid ſi ita colligamus; Teſtator in priori voluntate non poteſt cavere, ne poſterior diſpoſitio valeat, modo conſtet, eam eſſe ipſius ſeriam voluntatem. Quando autem in una ſcriptura prius dixit, ſi quid infra leget bis, hoc ſe nolle bis præſtari, tum ſi mox leget bis, quid fiet, niſi quod dixit, ut ſemel præſtetur? id enim adhuc velle creditur. Mutatio voluntatis tam brevi non præſumitur: Poteſt tamen mutare, & præcipere ut bis præſtetur, ſed tum ſpecialiter id exprimere oportet. Ita optime convenit inter *d. l. 22. & l. 14. pr. de Leg. 1.* Sed quando in priore Teſtamento dicit, ſe nolle valere, quod poſtea diſpoſuerit; dein alio teſtamento, diverſaque ſcriptura & tempore, contrarium quam priore teſtamento ordinavit, tum facilius mutata voluntas præſumitur, quam in eadem ſcriptura, *d. l. 14. & l. 22.* Ita videtur opinio Dd. quæ praxin fori peperit, longius extendiſſe clauſulam *d. l. 22.* quam ex ratione juris civilis neceſſum fuerat. Alias Pragmatici, forte nec inepte, diſtinguunt, inter clauſulam derogatoriam poteſtatis, & voluntatis, illam non valere, hanc effectum habere. Id eſt, non poſſe teſtatorem ita circumſcribere ſemetipſum, ut ei non ſit integrum mutare voluntatem; ſed poſſe eum ita munire prius teſtamentum, ut argumentum præbeat, poſterius ex voluntate ejus non eſſe factum. Proinde ſi ſervetur ei facultas, derogatoriam clauſulam revocandi, ſatis conſulitur libertati, voluntatem mutandi. Quod ſi derogationem non revocarit, quidni præſumptio ſit, eum a priore voluntate non receſſiſſe; proinde fieri debere, quod dixit, teſtamentum poſterius ne valeret?

(g) *Poſ. 7.*

SCHOLIUM.

Regulariter ergo ſemper præſumi debet, eum pœnituiſſe, quia alias tam ſolennem actum, in quo teſtamentum poſterius fecit, de nihilo inſtituiſſet.

RESPONSIO.

Atqui præſumitur, quemadmodum Teſtator aut Teſtatrix prævidit, ſe importune ad teſtamentum recentius ſollicitatum iri, contra quod provida clauſula iſta ſe voluit præmunitum, ita deinceps eum eamve fuiſſe compulſam, vel ſollicitatum, ut ſit.

N. ADDIT.

Conſentio huic reſponſioni. Sed per eam Autor non me refutat, ſed ſeipſum. Adjeceram enim id Scholium poſitioni 10. ut oſtenderem, ibi aſſerta cum iis, quæ ipſe Autor tum tradiderat in prælectionibus, non convenire, & provocaveram ad ipſas prælectioner. Nunc cum ea verba prælectionum, ad quæ ibi provocaveram, hic expunxerit, debebat etiam meum Scholium omittere, aut meliori fide rem, prout geſta erat, narrare.

3. Quid juris ſit, cum duo pariter, veluti conjuges, fecere teſtamentum, ut hodie fit; an & tunc alter inſcio altero, teſtamentum mutare

queat, diximus ad *tit. de Teſtam. ordin. ſub finem.* Multos tamen aliter ſentire, ſatis conſtat, & teſtatur D. Voetius *ad §. 3. d. tit. n. 2.* quibus hæc ratio præcipua eſt, quod ea res inſignem perfidiam redoleat, ſi communis conſenſus fiducia, duo conjuges amicive teſtati alter in alterius favorem, deinceps alter alterum fruſtretur; Sane, ſi id fiat utroque ſuperſtite: nam altero præmortuo, ſuperſtitem alterum pro lubitu ſalvaque fide teſtari poſſe, non eſt dubium; utique, ſi in mutuum favorem duntaxat diſpoſuerint. Nam ſi communes heredes alios ſcripſerint, eadem fere eſt ratio in ſpecie perfidiæ, quam modo ſubduximus. Attamen hæ rationes non poſſunt efficere, quo minus fortior & verior ſit hæc regula juris; ambulatoriam eſſe hominis voluntatem usque ad ſupremum vitæ exitum, quotiescunque alter alteri non eſt obligatus, *l. 4. ff. de adim. leg.* quemadmodum duo teſtatores hoc ipſo, quod pari conſenſu teſtantur, nulla ſpecie obligationis erga ſe invicem tenentur, nec poſſunt quidem, quia, ſicut alias & ſæpe dictum eſt, contractus cum actu teſtandi conſiſtere non poteſt, *l. 20. ff. de V. S.*

4. Rupto igitur priore teſtamento, ſucceſſionem fieri palam eſt ex novo, quod proinde ejusmodi eſſe debet, ut *jure* perfectum ſit. Nam poſterius imperfectum hactenus pro non facto habetur, ſive ipſo jure invalidum ſit, ſeu poſtea infirmetur, præterquam ſi deſtituatur, id eſt, hereditas ex eo non adeatur; neque enim hoc ad internam teſtamenti perfectionem, ſed ad eventum ſpectat, ſufficitque tale eſſe teſtamentum, ex quo heres exiſtere poſſit: qui ſi deficiat, eum voluntas tamen ſit perfecta & contraria præcedenti, heres in priori inſtitutus manet excluſus, & defunctus exitum inteſtati patietur, *d. §. 2.* Non habetur hic tamen pro imperfecto teſtamentum militare, aut ſimile privilegiatum; nam quia ſupplemento legis pro conſummato habetur, mirum non eſt, quod per hæc, priora teſtamenta tollantur; Ideo hæc ſpecies, ut exceptio a regula perfectionis, vix poni meretur, etſi ita loquatur Ulpianus in *l. 2. de injuſt. or. irr.* Juſtior *ibidem* exceptio traditur, quando in poſteriore teſtamento ſcriptus eſt heres, qui ab inteſtato ſuccedere poterat, cum in priore eſſent extranei, nam tunc in favorem legitimorum poſterius imperfectum rumpit prius perfectum, *d. l. 2.* quod etiam verum, quando poſterius ipſo jure nullum eſt ratione præteritionis filii, modo heredes ſcripti ſint tales, qui amoto filio, hereditatem ab inteſtato conſequi poſſunt; etenim & tunc poſterius teſtamentum hactenus valet, ut rumpat prius, in quo filiusfam. erat exheredatus; quo rupto, filiusfam. poſterius teſtamentum expugnat per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, modo quinque teſtes adfuerint, *l. 21. §. 3. C. de Teſtam.* Unde apparet, hanc partem exceptionis non in favorem heredum agnatorum, ſed filiifamilias exheredati, excogitatam eſſe, *l. 12. §. 1. de bon. poſſ. contra tab.*

5. (h) Utrum autem heres in poſteriore teſtamento ſit ex re, vel rebus certis inſtitutus, nihil quidem intereſt, *§. 3. h.* nam, ut pridem intelleximus ad *§. 5. de hered. inſt.* qui ex certa re inſtituitur, detracta rei mentione, pro herede ex aſſe, jure accreſcendi habetur, quod repetitur in *hoc §. 3.* Tale igitur non minus eſt efficax ad tollendum prius, quam ſi heres ſimpliciter eſſet dictus. Tamen fieri poſſe diſcimus, ut prius teſtamentum rumpatur, ac nihilominus heredes in eo ſcripti hereditate potiantur; ſcilicet, ſi in poſteriore, ubi heres ex re certa ſcriptus eſt, addiderit Teſtator, ſe velle nihilominus, ut valeat primum. Hæc enim verba fideicommiſſum inferre videntur, ut heres ex re certa dictus, ea re contentus eſſe velit, ac cætera bona reſtituere ſcriptis in priore teſtamento, *hoc §. 3. l. 29. ad SC. Treb.* Ad rumpendi quoque modos referri poteſt, quod in *tit. ff. de his, quæ in teſtamento delentur, inducuntur, cancellantur, inſcribuntur*, item quando *ſcinduntur*, aut penitus *abolentur* tabulæ teſtamenti, traditur. Quicquid horum conſulto fit a teſtatore, ſine dubio vim teſtamenti infringit totumque ſubvertit; ſi quid inconſulto fiat ejusmodi invitoque teſtatore, non nocet hoc, ſi modo voluntas adhuc conſtet atque probari poſſit, *l. 1. h. tit.* Et hæc *moribus noſtris* ſine dubio ſic etiamnum ſervabuntur: conſentiente bona cum gratia Grœnewegio *ad h. tit.* Quid ſi teſtator poſteriores tabulas ruperit, aut deleverit, & priores adhuc extent, an hæ convaleſcent, ut exinde peti poſſit hereditas? Ita juris eſt, ſi tabulas ſupremas inciderit hoc animo, *ut priores ſupremas relinqueret*, idque ſe velle *declaraverit*, *l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tab.* Alioqui teſtamentum ipſo jure extinctum, ſine nova cauſa, ut habet regula Artis tralatitia, non poteſt reviviſcere, *arg. l. 30. pr. de S. V. P.*

(h) *Poſ. 13. 17.*

6. (i) Quo-

Digitized by Google

6. (i) Quomodo rumpatur, dictum; fit etiam *irritum* Teſtamentum, idque per capitis diminutionem Teſtatoris maximam mediamque ſemper, ut & minimam, niſi a milite factum, aut pagano de bonis quaſi-aut vere caſtrenſibus, de quibus etiam filiosfam. jus habere teſtandi, dudum audivimus, *§. 4. h. t. l. §. 5. & ſeqq. ff. de inj. teſtam.* Si tamen poſt factum teſtamentum capite Teſtatorem minui contigerit, at, priusquam moreretur, ſit reſtitutus, quanquam rigore juris Civilis irritum ſit ac manere debeat Teſtamentum, benignitate tamen atque humanitate juris Prætorii convaleſcit, daturque exinde poſſeſſio ſecundum tabulas, *modo* Teſtator codicillis aliisve literis, vel ſufficienti voluntatis ſuæ indicio declaraverit, eodem teſtamento cupere ſe mori, quod ad ſupplementum *§. 7. h. t.* ex *d. l. pen. §. 2. de b. p. ſec. tab.* obſervandum. *Nec putaverit quiſquam*, ait Papinianus in *d. l. pen. §. 2. nuda voluntate conſtitui teſtamentum.* Hoc enim antea pridem jure perfectum fuit.

7. (k) Voluntate alioqui nuda neque condi, nec revocari teſtamentum poteſt, ut docetur *§. 7.* Sed teſtamentum revocatorium, ut & quodvis aliud, omnibus numeris oportet eſſe perfectum, uti modo intelleximus, adeo ut ſi teſtator coram teſtibus aliquot jam heredes nuncupaverit & plures nominaturus defecerit, ne quidem nominati ſiant heredes, quia potius inchoaſſe quam teſtamentum perfeciſſe videtur, *l. 25. ff. Qui teſt.* Conſtitutum tamen eſt, ſi teſtator coram tribus teſtibus, ſe nolle valere teſtamentum, declaraverit & decennium exinde ſit elapſum, hæc duo ſufficere ad revocandum prius teſtamentum, *l. 27. C. de teſtam.* Tu dices, quid opus teſtibus tantique temporis patientia, cum Teſtator incidere, cancellare, inducere, delere tabulas pro arbitrio, aut dedere Vulcano poſſit. Notius enim nihil eſt, quam poſſe quemque teſtatorem, vel totum abolere teſtamentum, vel ſi partem cancellarit, aut expunxerit, hactenus id revocari, quatenus deletum inductumve fuerit, *l. 1. & toto tit. de his, quæ in teſt. del. induc.* Exiſtimandum igitur, Conſtitutionis *d. l. 27.* uſum eſſe, quando teſtator copiam tabularum teſtamenti non habet, ut quidem videtur.

8. Sed magna dubitatio eſt, an, ſi teſtator coram tot teſtibus, quot requiruntur ad faciendum teſtamentum, dixerit, ſe velle mori inteſtatum, vel ſe nolle valere teſtamentum quod fecerit, ejusmodi declaratio ſufficiat ad infirmandum teſtamentum. Non accidit, ut alibi hanc quæſtionem, quæ eſt magni uſus, enuclaverim; ideoque placet id hoc loco inſtituere diligentius & more Digreſſionis. Auctoritates quod attinet, hæ in utramque partem, ducibus Baldo Bartoloque, numero pene pari recedunt, ut videre licet apud Graſſum *comm. ſent. §. teſtament. quæſt. 84.* Alii diſtinguunt, utrum ſimpliciter dixerit Teſtator, ſe nolle valere teſtamentum, an dixerit, ſe velle mori ab inteſtato, ſive bona deferre ſecundum ordinem legitimum, ut ibi Graſſus *n. ult.* & meminit Vinnius ad *d. §. ult.* Nos auctoritatibus miſſis, quæ nos expedire non poſſunt, ita exiſtimamus, hoc jure utendum eſſe, ut revocatio teſtamenti valeat, ſi coram ſeptem teſtibus ſolenniter facta fuerit, vel coram Notario cum duobus teſtibus, in iis locis, ubi teſtamenta ſic fieri poſſunt, in qua ſententia, ne de aliis dicam, gaudeo eſſe Manticam *lib. 2. de conject. ult. volunt. tit. 15. n. 19.* & Grotium *lib. 2. Introduct. cap. 24. n. 15.* Ratio mihi duplex videtur, poſitiva altera, & altera negativa, ut liceat ita loqui. Poſitivam voco, prægnantiſſimam æquitatem, quæ nullo modo patitur, ut hæreditas ad eos perveniat, quibus teſtator ſolenni modo pronunciavit, eam ſe nolle delatam. Quæ vis æquitatis, ſi non directe teſtamentum tollit, indirecte ſaltem beneficioque exceptionis id efficiet, uti conſtat, æquitatis rationes ſolere producere exceptiones. Laudo igitur, quod Graſſus e Socino refert, *loco prædicto; eam ſententiam quadrare cuilibet ſenſato & rationabili intellectui.* Sed rurſus aſſentior Vinnio, qui ad *d. §. pen. h. t.* periculoſum ait eſſe, prætexere æquitatem contra expreſſam juris auctoritatem; proinde, ſi leges id præcipiant, non vitiari teſtamentum, de quo teſtator coram tot teſtibus, quot requiruntur ad condendum teſtamentum, dixit, id ſe revocare, ſe nolle valere, miſſam faciemus æquitatem, & jure ſcripto ſtabimus, ubicunque jus contrarium non fuerit introductum; quod ſi leges id non dicant, haud faciles erimus in admittendis conſequentiis adverſus æquitatem urgentiſſimam, ut hereditatem invito teſtatore vindicari patiamur.

9. Sane teſtator non poteſt facere, quo minus leges in ſuo teſtamento valeant, ideoque ſi minorem adhibeat numerum teſtium, quam in condendo teſtamento requiruntur, nihilo magis

(i) *Poſ. 15. 16.* (k) *Poſ. 14.*

in re-

in revocando, quam in componendo effecerit. At de nuncupativis teſtamentis ipſi diſſentientes fatentur, procedere noſtram poſitionem, *arg. l. 3. ff. de Reg. Jur.* tametſi textus, ex quibus aliter ſentiunt, de teſtamentis indiſtincte loquuntur. Nam conſtitutio Juſtiniani, quæ eſt in *l. 27. C. de Teſtamentis.* ex qua probatur contrarium, agit de teſtamentis legitimo modo conditis, ea non tolli lapſu decennii, niſi voluntas contraria non paucioribus, quam *coram tribus teſtibus ſit manifeſtata:* & in fine ſubjicit, *aliter teſtamenta mortuorum per decennii tranſcurſionem evaneſcere, nullo patimur modo;* de teſtamentis indiſtincte loquitur; ſi tu jam velis, ne quidem coram ſeptem teſtibus factam declarationem revocatoriam infirmare teſtamentum; non habes ex hac lege, quo probes, nuncupativum ita poſſe revocari. Hæc, inquam, lex etiam de nuncupativo agit, primo, quia generalia ſunt verba; rurſus, quia ſi non agatur de eo, dicendum foret, nuncupativum vel decennii lapſu finiri, vel intra decennium coram tribus teſtibus revocari poſſe; contrario enim, ac in ſcripto fit, modo ſe habeat oportet, ſi hæc ſanctio de eo non loquatur. Sed hoc non largientur diſſentientes; & tamen volunt nuncupativum, per ſeptem teſtes ante decennium revocari poſſe; nec obſtare, quod in hac lege habetur de *teſtamentis in genere;* Imo vero, inquam, ſi hoc non obſtat alteri ſpeciei teſtamenti, non poteſt etiam obſtare ſpeciei contrariæ, proinde nec ſcripto. Denique manifeſtum eſt, in hac conſtitutione non agi de revocatione facta pari ſolennitate, qua conditum eſt teſtamentum; nec adeo poteſt inde colligi concluſio adverſus ejuſmodi revocationem. Adde textum in *l. 1. §. pen. ff. ſi tab. teſtam. nul. ex tab.* quæ ſola quidem non ſufficeret; at cum aliis juncta poteſt augere ſententiæ hujus facilitatem.

10. Verum hoc validius profertur; eſſe rem perabſurdam, teſtamentum revocari per inſcriptionem contrariam, per tenuem literarum inductionem, per cancellationem, id eſt, deductionem linearum transverſarum ſuper univerſam chartam, ut traditur in *tit. ff. de his, quæ in teſtament. delentur, inducuntur, inſcribuntur.* quibus modis facultas legendi non aufertur, nec aliud ſunt, quam indiciæ voluntatis contrariæ, neque poſſunt æquare ſolennem revocationem. Non audimus Vinnium regerentem, *facta majorem habere vim quam verba, ad d. §. n. 1.* Ego contra ubi de voluntate quæritur, majorem ineſſe puto vim dictis, quam factis: Verba enim multo clarius exprimunt animi voluntatem, quam facta quæ iset. Ideo Græci mentem atque ſermonem eodem vocabulo enunciant, quando λόγον appellant tam προφορικὸν, quam ἐνδιάθετον: oratio nihil eſt aliud, quam oris ratio, ψυχῆς χαρακτὴρ ἐστιν ἀνθρώπου λόγος. *Character hominis animi eſt ſermo.* Neſcio an validius ſit alterum Vinnii argumentum *loco prædicto;* ſi ne tum quidem teſtamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud faciendum teſtator *proceſſit, quod tamen non conſummavit, quanto minus infirmabitur ſola revocatione verbali?* Ego contra, ſi Leges ſolummodo negant, prius teſtamentum non tolli per ſequentem voluntatem imperfectam inchoatamque, nulla eſt ratio colligendi, quod non tollatur per revocationem ſolennem atque perfectam. Sic eſt, qui non perfecit teſtamentum, non teſtatus eſt, ſed incepit teſtari, adeoque nec id, quod dixit aut ſcripſit, valet, quia non conſtat, an perfecturus fuiſſet, & an non ab incepto deſtitiſſet, *l. 25. ff. Qui teſtament. fac. poſſ.* Quid commune habet ejuſmodi abruptus & abortivus actus, cum revocatione tam gravi ſeriaque, & omnibus numeris abſoluta, denique tam ſolenni, quam fuit, cum primum conderetur teſtamentum? Imo *Teſtator*, pergit Vinnius, *non videtur ſatis ſerio improbaſſe voluntatem ſolenni teſtamento conditam, qui nude eam revocavit tabulis teſtamenti integris ſervatis: ſi enim teſtamentum omnino valere noluiſſet, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud teſtamentum condere; quod cum non fecerit, præſumere licet, eum revocationis pœnituiſſe.* Non videtur mihi Vinnius ſatis animum advertiſſe ad uſum hujus ſententiæ; loquitur enim, quaſi teſtatores ſemper in manibus haberent teſtamentorum tabulas, quas ſæpe, dum peregrinantur, domi relinquunt, aut amicis cuſtodiendas tradiderunt, quibus notitiam mutatæ voluntatis impertiri nolunt; ſæpe etiam reperire non poſſunt; quibus caſibus omnia, quæ in his verbis protulit *Vinnius*, apparent inania. Plane cum teſtator tabulas penes ſe habet, vix eſt dubitandum, quin eas minore moleſtia ſit aboliturus. At de altero caſu mihi ſemper viſus eſt loqui Juſtinianus in *l. 27. C. de Teſtam.* Quorſum enim expectare lapſum decennii, atque tum adhuc tres adhibere teſtes? cum ſi tabulæ ad manus eſſent, nulla moleſtia ſcindi comburive poſſint; Manifeſtum igitur eſt, uſum practicum hujus rei tunc eſſe,

eſſe, cum teſtator vult revocare teſtamentum, nec ipſas tabulas penes ſe habet. Neque tamen exinde ſuſpendere velim hujus ſententiæ definitionem; poſſet enim & alia cauſa teſtator moveri, quamobrem tabulas ipſas nollet eodem tempore reſciſſas. Præſumptio autem pœnitentiæ in ipſo actu ſolenni revocationis, quam Vinnius colligit, alieniſſima ab omni ſimilitudine veri, utpote actui ipſi contraria, videtur. Denique movetur Vinnius per *l. 36. §. 3. ff. de Teſtam. mil.* ubi traditur, *ſi veteranus moriens, teſtamentum jure communi tempore militiæ factum, irritum eſſe voluerit, heredum inſtitutiones ac ſubſtitutiones in eodem ſtatu manere, legata vero petentes exceptione doli mali ſummoveri.* Reſponſio facilis eſt; Veteranus heic opponitur militi; Hic nuda quavis voluntate teſtamentum reſcindere poteſt, *l. 15. §. 1. & l. 35. §. 1. ff. de Teſtam. milit.* Veteranus non poteſt, ſed opus ei eſt revocatione ſolenni, de qua non agit *d. l. 36. §. 3.* Id vero ex *d. l. 36. §. 3.* non gravate conceſſerim, hoc ſequi, non referre, dixerit teſtator, ſe nolle teſtamentum prius valere, an, ſe cupere mori inteſtatum; quæ diſtinctio placuit aliis; Nam in objecta *l. 36. §. 3.* utrumque fuit expreſſum, & tamen eadem vis utrique formulæ adſcribitur, etenim ipſa res indicare videtur, eum, qui ſolenniter proteſtatus eſt, ſe nolle valere teſtamentum quod fecit, neque dein aliud compoſuit, ejus animi eſſe, ut inteſtatus decedere cupiat. Grœnewegius, qui eſt in diverſa opinione ſuper interpretatione juris Civilis, tamen de uſu fori hoc modo loquitur, *ad d. §. pen. n. 3.* "*Hac autem Romani juris ſcrupuloſa ſubtilitas aliena eſt a ſimplicitate teſtatorum, qui contraria voluntatis declaratione videntur voluiſſe decedere inteſtati, quorumque ſuprema voluntas ſemper primum locum obtinere debet.* Apud nos valiturum, quod probavimus, non tantum uſu ob æquitatem, verum etiam ex ſana Juris Civilis interpretatione, non dubitaverim.

II. (l) Quid ſit *deſtitui* teſtamentum, in tranſitu diximus; quando nullus ex eo heres exiſtit, *pr. & §. 7. I. de hered. ab inteſt. §. 2. de L. Falc.* ſive conditio defecerit, ſub qua inſtitutus eſt, ſive mortuus, antequam adiret, aut repudiaverit hereditatem. Cæterum, quamvis imperfecta teſtamenta ratione ſolennium, jure Gentium valere queant, ut alibi dictum, & Princeps, qui legibus eſt ſolutus, (quod ſimiliter alibi dictum eſt,) relicta ſibi teſtamento non ſolemni, petere poſſet, verecundia tamen & generoſitas ac majeſtas ejus, non patitur tam vilem captationem, *§. ult. h.* Nec ſimiliter admittit hereditatem ejus, qui ſe litis cauſa heredem inſtituit, hac mente teſtatoris, ut adverſarium a bonis in hereditate litigioſis judicio perſequendis abſterreat. Etſi enim privati, hoc animo heredes inſtituti, non repellantur, *l. 8. §. 3. de alien. jud. mut. cauſ.* quia vix eſt, ut horum metu quiſquam a lite proſequenda deterreatur, Princeps tamen ſuæ gnarus potentiæ, nec ipſe ea abuti, nec aliis permittere vult abutendam, citans pulchram in hanc rem ſententiam, in *h. §.* de qua locus alias dicendi.

Tit. XVIII.

De inofficioſo Teſtamento.

Quid inofficioſum teſtamentum, & quid Querela, & cauſæ exheredationis obiter repetitæ. De liberorum & parentum querela. De querela fratrum. De ordine eorum, quibus datur querela. Tres caſus ceſſantis querelæ. De Legitima. Reliqui caſus ceſſ. quer.

(a) NOn ut teſtamentum rumpitur irritumque fit, vi ac operatione juris, ſine facto hominis, perinde fit reſciſſio; ſed ad hanc remedium actionis adhibetur. Quod autem reſcinditur jure Civili, id *Inofficioſum* vocatur; eſt hoc, *in quo exheredati, vel præteriti ſunt, qui ex officio pietatis non debebant.* Præteritos intellige eos, quorum præteritio æquipollet exheredationi, ut ſunt liberi a matre avoque materno, Parenteſque & fratres præteriti, de quibus *ad §. ult. de lib. exhered.* Nam ſuis præteritis, conſtat ipſo jure nullum eſſe teſtamentum, quod reſciſſio recte factum eſſe ſupponit, *l. 2. de Inoff. teſt.*

SCHOLIUM.

De jure Inſtitutionum hoc concedimus. Aliud de jure Novellarum, ubi liberi a matre avoque, & emancipati a patre præteriti, faciunt teſtamentum ipſo jure nullum, Nov. 115. c. 3. *Adde omnino*

(l) *Poſ. 18. 19.* (a) *Poſ. 1. 2.*

Digitized by Google

Struv. X. 15. & 16. & not. ad Strauch. IX. 39. 40. p. 115.

RESPONSIO.

Contrarium oſtendimus ſub fin. tit. de Exhered. lib. *nec eſt apud* Struvium, *aliosque diſſentientes ibi laudatos*, *quod* ſupra *non ſit occupatum.*

N. ADDIT.

Sententiam noſtram defendimus in novis additionibus ſupra ad eundem titulum de exher. liberor.

Porro ex ultimis definitionis verbis colligitur, excluſionem aut omiſſionem juſta de cauſa factam, cum pietatem non lædat, teſtamentum quoque non reddere inofficioſum; quæ autem reſpectu ſingularum perſonarum juſtæ ſint cauſæ, repetere nihil attinet, ex iis, quæ dicta ſunt *ad d. tit. de lib. exhered.*

2. Remedium illud reſcindendi, eſt Querela Inofficioſi, quæ optime definitur, *Petitio hereditatis* per reſciſſionem *teſtamenti inofficioſi.* Doctores negant, querelam eſſe petitionem hereditatis, ſed volunt eam remedium eſſe præparatorium, quo teſtamentum reſcindatur, ut, hoc impetrato, hereditas novo judicio petatur. Sed hæc explicatio actionum caret legis ſuffragio, & contrarium perſpicue probatur ex *l. 19. in fin. & l. 20. h. t.* Non obſtat dilemma; quod hereditatis petitio ſit e teſtamento, vel ab inteſtato, quod de Querela neutrum dici poſſit, cum ea teſtamentum ſupponat jure factum & expugnandum. Sed tu dic, *ab inteſtato;* eventu inſpecto & ſecundum hunc, intentione petitoris, *l. 6. §. 1. h. t.* In foro non male dixeris, haud multum intereſſe; nam ſi maxime non eſſet petitio hereditatis, nihil tamen probiberet, eam cum petitione conjungi & ſic pariter abſolvi, adeoque petitionem & Querelam uno judicio perpetrari. Uſum hujus remedii jure noviſſimo valde coarctatum eſſe, Doctores iidem ſentiunt, quia tum demum obtineat, quando una ex XIV. cauſis teſtamento inſerta, de probatione laborat; ſi vero cauſa omiſſa, vel diverſa ab illis 14. ſit, teſtamentum ipſo jure nullum arbitrantur; Sed cum hoc nuper falſum oſtenderimus, *ad tit. de Exhered. ſub fin.* ſequitur, nec minorem querelæ uſum hodie ſupereſſe quam olim, nec non exheredatione ſimpliciter facta teſtamentum eſſe reſcindendum, ut latius ibidem probavimus. Effectus Querelæ inofficioſi fuit olim, quod nihil ex tali teſtamento valebat, *l. 28. in fin. de inoff. teſtam.* ut omnia teſtamenti capita reſcinderentur, *l. 8. §. pen.* Sed Juſtinianus *in Nov. 115. c. 3. in fin.* ſic ait; *Si autem hæc obſervata non fuerint, nullum exheredatis liberis præjudicium generari, ſed* QUANTUM AD INSTITUTIONES HEREDUM PERTINET, *teſtamento evacuato.* & mox; *Si vero contigerit, in quibusdam talibus teſtamentis, quædam legata, vel fideicommiſſa, aut libertates, aut Tutorum dationes relinqui, vel qualibet alia capitula conceſſa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri.* Quid de ſubſtitutionibus? Vulgata nullo modo ſubſiſtere poteſt. Pupillaris poteſt, ut diximus *in loco.*

(b) *Poſ. 6.*

3. (b) Secundum hæc, liberis a parentibus exheredatis primo omnium querela competit, tam ſuis, quam emancipatis, feminis & maribus, etiam legitimatis, & arrogatis, & ab aſcendentibus adoptatis, quoniam illi omnes inſtitui, vel exheredari debent, ut *ſupra* intelleximus, vid. *pr. h. t. l. 1. 3. 5. h. l. 7. & 15. C. h. t.* De matris Teſtamento naturales quoque & ſpurii queruntur, *l. 29. §. 1. h.* non de patris: utique non ſpurii, quia ad hereditatem patris ne ab inteſtato quidem admittuntur, cum patrem prorſus non habeant, *§. ult. Inſt. de Nupt.* Sed nec nothi de patre queruntur, extantibus liberis legitimis; quibus non extantibus, hactenus queri poſſunt, quatenus ab inteſtato jus habent ſuccedendi, de quo in tempore dicendum. Nec quidem ſpuriis hodie de matris judicio queri licet, ſi mater ſit illuſtris & liberos habeat legitimos, *l. 5. C. ad Sc. Orphit.* De nothis vero, id eſt ſimpliciter naturalibus, idem quod olim, hodieque ſervatur, *d. l. 5. in fine.* Cæterum, ne filii inſolenter lædant reverentiam memoriæ paternæ, querela ab iis hoc colore intenditur, quaſi parentes furioſi aut dementes fuerint, *h. pr. l. 2. h. t.* At quale hoc genus reverentiæ, erunt qui dicent, parentem furoris & dementiæ, qui ſanus & integer fuit, inſimulare? Atqui mollius eſt, infortunii patrem, quam impietatis arguere & ἀϛοργίας. dicere, quod caſu aut vi morbi mente alienatus fuerit, quam quod naturalem erga prolem exuerit affectum. Filii quidem erga Patrem minor, quam patris erga hunc naturalis obligationis eſt neceſſitas, gratitudo tamen & reverentia major eſt filii erga Patrem. Hinc Paulus, legem naturæ liberis parentum hereditatem *adicere,*

Digitized by Google

dicere, id eſt, mancipare & facere propriam ait, *l. 7. de bonis damnat.* Parentes ad bona liberorum admitti dicuntur ratione miſerationis, *l. 7. §. ult. Unde liberi.* Natura quidem non monſtrat bona ſurſum deferenda eſſe, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus Parentibus, quam liberis pie relinqui debent, ait Papinianus, in cujus epitaphio Parentes heu! ſuperſtites hæc ipſa verba, *turbato mortalitatis ordine.* collocarunt, in *l. 15. pr. h. t.* (c) Poſt liberos igitur, datur querela Parentibus exheredatis, aut, quod idem, ſilentio præteritis, *l. 1. & l. 14. h. t.* niſi bona ſint vere vel quaſi-caſtrenſia, *l. ult. C. h. t.* quanquam per *Nov. 115. c. 41. in pr.* nullum filii teſtamentum querelæ paternæ eximitur, niſi privilegio vere militari, *l. 27. §. 2. h. t.* Cui per generalem conſtitutionem *d. N. 115.* minime derogatum videtur. Scholiaſtes noſter, præteritis Parentibus teſtamentum non reſcindi per Querelam, ſed ipſo jure nullum eſſe contendit. Quod iiſdem rationibus, quas habuimus ad *fin. tit. de exhered. lib.* facile refellendum committimus.

4. (d) Poſt parentes proximi ſanguine & neceſſitudine ſunt fratres ac ſorores, ultra quos propinquitatis ratio tam efficax non eſt, ut teſtamentum ſine illorum honore factum Lex reſcindendum putet, ſed eos conſultius facturos monet Ulpianus in *l. 1. h.* ſi ſe ſumptibus inanibus non vexent. At nec quidem cuncti fratres ſororesque vocantur, ſed uterini excluduntur, *l. 27. C. h. t.* cui legis articulo derogatum plerique per *Nov. 118. c. 4.* arbitrantur; aliis obloquentibus, qui ſic ajunt: In *d. N. 118. c. 4.* tollitur differentia inter eos, qui per maſculinam & qui per femininam junguntur lineam, quod ad ſucceſſiones ab inteſtato: Verum ab hac ad querelam minime argumentari licet, cum plerumque, ubi inteſtati ſucceſſio obtinet, nullus querelæ ſit locus, præterquam tribus in gradibus. Denique nihil neceſſe erit, ut jus querelæ ordinari dicamus ad ſimplicem ex teſtamento vel inteſtati ſucceſſionem: effectus quidem querelæ eſt ſucceſſio ab inteſtato, ipſa querela non eſt ejus generis, nec ejuſdem naturæ. Hereditas non obtinetur vi ſucceſſionis ab inteſtato, ſed vi ſententiæ ſuper inofficioſo latæ. Has rationes ante hac ſecutum me fateor. Sed enixam Juſtiniani voluntatem conſideranti, *ὐδεμίαν εἶναι διαφορὰν ἐν οἵᾳ δήποτε διαδοχῇ ἢ κληρονομίᾳ, ut nulla ſit differentia in quacunque ſucceſſione vel hereditate, inter agnatos & cognatos*, quam penitus vult *ἀργεῖν, ceſſare*, non nominari; haud videtur mihi dubitandum, quin æqualitatem naturæ per omnia ſervari velit; idque ſolidius juridicum ſit, etſi rationes illæ videantur eſſe dialecticæ; Sed agi hic de aliqua ſucceſſione, non poteſt negari; tamen Scholiaſtes noſter in priore ſententia me perſiſtere vellet. Neque vero fratres & ſorores ſimpliciter & propter ſe vocantur, verum ita, ſi turpes perſonæ iotis prælatæ & heredes inſtitutæ ſint: *ſi ſcripti heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ maculæ adſpergantur*, ait Imp. *in d. l. 27.* Per infamiam recte intelliges eam, quæ legibus infligitur; per turpitudinem, eam, quæ opinione gravium virorum; proinde per *levem notæ maculam* omnia ſignificari videntur, quæ aliquem paulo deterioris exiſtimationis in civitate faciant; mentem plane Imperatoris apparet, hanc eſſe; fraternam conjunctionem non eſſe adeo decretoriam, ut inſtitutione heredis præciſe honoranda ſit: tamen eſſe tam prægnantem, ut ſi minima ad eam teſtantis contumelia accedat, in tantum ſe excitet ac corroboretur, ut vim peremptoriam induat, ac inſtitutionem indecoram evertat. Quæritur hoc loco, an ſi Spurius heres ſit inſtitutus, fratri querela competat? Quidam ita cenſent, tam conſtantem populorum de ſpuriis in ſiniſtram partem exiſtimationem eſſe, ut negari nequeat, quin levis notæ macula adſperſi videantur: Ubique enim opprobrii loco haberi, ſpurium vocari; Jure divino & canonico ſacerdotiis arcentur, ac difficulter hodie ad honores admitti ſolent. Profertur quidem pro illis; quod ſpurii in ordinem decurionum allegi poſſunt, ideoque infames non ſint, *l. 6. pr. & l. 3. §. 2. de decur.* Sed infamiam nemo iis imputat; Levis notæ macula ſufficit, quæ vel ex ipſo hoc loco probatur; nam in *d. l. 3. §. 2.* habetur, legitime natos ſpuriis præferri, nec hos niſi illorum defectu in ordinem allegi; Unde hoc, ajunt, niſi ex aliqua levis notæ macula? Sic olim nos etiam. Tamen in *poſit. 8.* deinceps ita ſcripſimus, *Levis notæ maculam ad mores magis, quam ad natales pertinere*; quod Scholium quoque non reliquit abſque nota. Res eſt, de qua in utramque partem ambigere poſſis. Mihi nunc ita potius videtur; gravitati Artis convenire, Spurios, qui nihil admiſerunt, non eſſe male habendos, niſi quatenus lex id expri-

(c) *Poſ. 7.* (d) *Poſ. 8.*

Digitized by Google

mendum putavit: Quod cum heic factum non ſit, noſtri arbitrii id facere, æquum eſſe non putavi.

5. (e) Quando igitur teſtator filium, parentem, fratrem præteriit; palam eſt, primum querelæ locum dari Filio, idque intra quinquennium, quo huic remedio præſcribitur, *l. 8. §. ult. h. t.* Ante quinquennium ſi querelam non præparaverit, id eſt, litem non moverit, filius ejus, nepos teſtatoris, queri non poteſt, quia non aliter quam præparata querela tranſmittitur ad heredem, *l. 6. §. 5. & l. 7. h. t.* Utique jure Pandect. Nam in *l. 34. C. h. t.* legimus, jure veteri *omne* quidem *adjutorium dereliquiſſe nepotem*, ſed ex ea conſtitutione id hactenus mutatur, ut ſi filius exheredatus interea, dum heres ſcriptus deliberat, ſit mortuus, nepos ex eo ad querelam admittatur; unde non ſequitur, ut plerique tradunt, quod hodie querela ſimpliciter a filio teſtatoris in nepotem transferatur intra quinquennium, ſed id tantum, quod modo expreſſum eſt. Proinde, ſi filium poſt aditam a ſcripto hereditatem, nulla præparatione facta, (ſaltem denuntiando, vel comminando accuſationem, quod ſufficit, *d. l. 7.*) mori contigerit, non videtur habere nepos jus conquerendi; prout etiam non, ſi filius juſte ſit exheredatus; quamvis enim nihil nepoti imputari queat, tamen ipſe nihil juris habere poteſt, ubi pater, per quem & a quo id habere debuit, nihil ipſe habuit, ut recte deciſum apud Sandium, *l. 5. tit. 9. def. 7.* juxta Pauli reſponſum in *l. 9. §. 2. de lib. & poſth. l. 6. pr. de injuſt. rupt. teſt. l. 7. in fin. pr. und. lib. l. 4. §. 1. de bon. poſſ. c. tab. l. 34. C. de Inoff. teſt.* Non tranſit igitur querela ad heredem ejus, cui primo defertur; ſed ad ſequentem gradum, cui lex tribuit querelam, datur omnino tranſitus, ſi priores agere noluit, aut nequeant, aut merito repulſi ſint, *l. pen. in pr. h. t.* Filio nimirum ceſſante queri, parens admittitur, & parente etiam ceſſante, fratres & ſorores, qui alioqui primis agentibus excluduntur, *d. l. pen. & l. 14.*

6. (f) Non ſemper autem illis tribus perſonarum ordinibus querela cum effectu indulgetur. Varii ſunt caſus, quibus ceſſat Querela, quos memoriæ cauſa redigimus ad quatuor ordines; reſpectu Actoris, Teſtatoris, Temporis & Cauſæ. Primo enim, reſpectu Actoris, quia durum eſt hoc remedium, (unde in filiis non niſi ſub velo fictæ inſaniæ toleratur) placuit, non aliter id competere, (g) quam ſi unicum, adeoque neceſſarium ſit, ut nullum aliud exiſtat, per quod ad bona vel omnia, vel partem eorum, perveniri poſſet. Hinc liberis arrogatis impuberibus querela nusquam datur; quia datum eſt illis aliud beneficium, quo lex injuriam temerariæ exheredationis ab iis amovit; poſſunt enim quartam petere ex conſtitutione D. Pii, *l. 8. §. 15. h. t.* de qua diximus *ad §. 2. ſupra de Adopt.* Poſthumi etiam, inquit Imp. in *fine §. 2. h.* habent hanc ἐσχάτην βοήθειαν, hoc ultimum adjutorium, ut eſt *in l. ult. C. de lib. præt. ſi nullo alio jure venire poſſunt:* nam præteriti, ut notum eſt pridem, rumpunt teſtamentum agnaſcendo; ſed exheredatis non poteſt aliud convenire, quam querelæ beneficium, *l. 6. h. t.* quia nusquam teſtamentum, in quo poſthumus exheredatur, nullum eſſe dicitur; adeoque non poſſunt aliud habere quam remedium Querelæ.

SCHOLIUM.

Imo hodie habent, quia teſtamentum dicunt nullum, arg. Nov. 115. c. 3.

RESPONSIO.

Incidunt hæc in eandem ſpongiam, quæ explicita eſt in fin. tit. Exhered. lib.

N. ADDIT.

Imo potius ſpongia hac uti debuiſſet Autor intuitu propriæ opinionis, per tradita in nov. addit. ſupra de exhered. liber.

7. II. Deficit Querela, ſi exheredatus agnoverit teſtamentum, & acquieverit poſt mortem teſtatoris; nam renunciatio hereditatis, vivo teſtatore facta, non excludit querelam, (α) *l. 35. §. 2. C. h. t. l. 94. de acquir. hered.* niſi quod pater in ipſo exheredandi vel prætereundi actu conſentiens, (β) ſibi præjudicet, *arg. l. 29. C. de pact.* (γ) non æque filius, quia præteritio ipſius eſt nullitas, (δ) non patris, (ε) Sande 4. 2. 4.

SCHOLIUM.

(α) *Quia pacta de hereditate omnia Jure civili ſunt prohibita, ſecus moribus noſtris*, * vid. Struv. Ex. 6. th. 44. conf. Sand. d. l. *Ergo hodie valebit hæc renunciatio.*

RESPONSIO.

Juſtinianus Papinianum ſecutus, aliam reddit

* Jure tamen El. Saxon etiam vivo teſtatore facta agnitio ultimæ voluntaris, querelam inofficioſi teſtamenti excludit, *P. 3. C. El. 10.* ibique Carpz. *d. 1. ſeq.* Richter. *Dec. 40. n. 28.*

(e) *Poſ. 26. 27. 28. 29.* (f) *Poſ. 9.* (g) *Poſ. 10.*

ratio-

rationem, quare liberi, vivo patre querelæ renunciantes, nihilominus eam, Patre mortuo, movere poſſint, ſcil. meritis magis filios ad paterna obſequia provocandos, quam pactionibus adſtringendos, d. l. 35. §. 1. C. h. t. *non poteſt pro libero conſenſu haberi, quem Pater eo modo elicit aut extorquet. Quæ ratio, cur moribus hodiernis non obtineat, nihil cauſæ video; præter quod apud nos pacta de hereditate viventium, nihilo magis quam Jus civile permittat, admittuntur.*

N. ADDIT.

Sed hæc Juſtiniani ratio ſpecialis, non negat illam rationem generalem, quam dedi in Scholio, & quam Autor in ipſa hac reſponſione quoad jus civile concedit. Per mores hodiernos non reſpexi ad mores in patria Autoris, ſed ad mores communes Germaniæ noſtræ, ex antiquiſſimis temporibus deductos, cum Germani ſemper per pacta diſpoſuerint de futuris hereditatibus, donec ante pauca ſecula inſuper ſucceſſionem teſtamentariam ex Jure Canonico & Juſtinianeo reciperent.

SCHOLIUM.

(β) *Scil. exheredationi & præteritioni ſuæ in teſtamento filii.*

RESPONSIO.

Fiat ita, ut hæc explicationis ergo addantur, etiam velim, quod de renunciatione, vivo Teſtatore, *dixi, de patre ſolo intelligi.*

N. ADDIT.

At vero non adjeci hæc verba explicationis, ſed reſtrictionis ergo; aliud enim eſt, conſentire præſentem exheredationi & præteritioni; aliud pacto renunciare hereditati.

SCHOLIUM.

(γ) *Quod argumentum ex hoc textu Autor formare velit, non video. Potius videtur dicendum eſſe: Jure civili nec hoc pactum valere; valere tamen de moribus ob modo dicta.*

RESPONSIO.

Argumentum eſt, quemlibet juri atque favori ſuo renunciare poſſe, quando Lex non obſtat; ſed fuit error in numero editione priori, qui Scholium præſtrinxit. De moribus quod ait, ei reſponſum eſt.

N. ADDIT.

Quia igitur loco l. 29. de pact. *impreſſa erat* l. 15. ejusd. tit. *jure de ſenſu argumenti dubitabam. De moribus quod addit, jam exceptum eſt.*

(h) *Poſ. 14. & ſeq.*

SCHOLIUM.

(δ) *Sed ſolum in ipſius favorem, cui adeo renunciare poterit.*

RESPONSIO.

Aliter apud Sandium d. loco *Interpretes laudati*, quod intrinſecus ipſa ſolennitas ac forma teſtamenti ſit, ut filiusfam. heres inſtituatur vel exheredetur; quæ ſolennitas, ut ad jus publicum ſpectans, non magis a filio poſſit remitti, quam ut is faciat teſtamentum valere, coram quinque teſtibus factum. *Accedit, quod renunciatio filii, vivo Patre facta, non videatur eſſe libera, ut Juſtinianum audivimus; idque validius eſt.*

N. ADDIT.

Antecedentia oſtendunt, quod Scholium meum intellectum velim de moribus noſtris, non de jure Romano, quia dixi, hoc jure omnia pacta de hereditate eſſe prohibita. Igitur quæ reſpondet Autor, cum loquantur de Jure Juſtinianeo, Scholium non feriunt.

SCHOLIUM.

(ε) *Imo & patris præteritio alias nullum facit teſtamentum, propter* Nov. 115. c. 4.

RESPONSIO.

Hoc eſt γενικὸν ψεῦδος, refutatum ex his, quæ diximus ad tit. de exhered. lib. ſub fin. *nec usquam id ſcriptum, aut jus vetus hac parte mutatum eſt.*

N. ADDIT.

At vero id ſcriptum & jus vetus mutatum eſſe, docuimus ſupra ad eund. tit.

Etiam tacita approbatio teſtamenti excludit querelam, ſi exheredatus agnoverit legatum in eodem teſtamento ſibi relictum, *l. 8. §. 10. l. 10. §. 1. & l. 12. §. ult. h. t.* Quod tamen incommodum non patitur Tutor, qui ipſe exheredatus accepit legatum pupillo ſuo relictum, *§. 4. h. t.* ſicut idem non perdit legatum, ſi querela nomine pupilli ſui mota ſuccubuerit; *§. 5. h. t.* quod perderet, ſi nomine proprio queſtus eſſet, *l. 8. §. 14. h. t.* officium ne ſit ei damnoſum.

8. Tertius caſus, quo ceſſet Querela, eſt, ſi teſtator legitimam iis, qui de inofficioſo agere volunt, reliquerit. Etenim (h) Lex certam definivit portionem hereditatis, quam parentes, ceu minimum, liberis relinquere cogantur, & in qua liberos acquieſcere oportet, modo inſtitutionis titulo relinquatur, quod Juſtinianus ſanxit in *Nov. 115. c. 3. in pr.* cum olim quovis titulo relinqui potuerit, *§. 3. & §. ult. h. t.* quod adhuc

reperitur in *Nov. 18. c. 1.* & in *Auth. Noviſſime. C. de Inoff. teſtam.* Qua lege autem apud Romanos id primum ſit introductum, non pudeat nos ignorare, cum nusquam ſit proditum. Sufficit legibus receptam & approbatam ejusmodi portionem, ac inde nomen adeptam *Legitimæ*, tam jure veteri, *l. 19. de bon. libert.* quam novo, *inſcript. Nov. 18.* vocabulo *adjectionis* in ſignificationem ſubſtantivam deflexo.

9. Poteſt Legitima definiri, *portio hereditatis, quam lex iis, qui ex officio pietatis non poſſunt excludi, neceſſario relinqui præcipit.* Eſt portio *hereditatis*; quod ſi dicere quis malit, *bonorum*, parvi refert, modo non negetur, recte etiam *hereditatis* dici. Nam ſi *bonorum* ideo malis, quia legitima deductionem æris alieni patitur, *l. 8. §. 9. h. t.* & ſic bona ſumuntur *l. 39. §. 1. de V. S.* id nihil impedit, quo minus & pars hereditatis vocetur, quoniam quæſtio inter heredes de parte deducenda nullo modo, niſi dimiſſis creditoribus, locum habere poteſt. Vocatur quarta portionis ab inteſtato, *l. 8. §. 6. h. l. 31. C. eod.* Hæc autem neceſſario eſt hereditatis, *l. 1. de hered. pet.* Quin, cum hodie titulo inſtitutionis relinquenda ſit, ut mox latius, partem utique hereditatis oportet eſſe: ex teſtamento an ab inteſtato intelligas, nihil refert. Sed nec impedit, quo minus portio hereditatis vocetur; utrumvis eligas, ut vel portionem eam eſſe totius hereditatis, vel portionis ab inteſtato: utroque enim ſenſu verum eſt, quod legitima ſit portio hereditatis. Et quidem, ſi de legitima cunctis pariter heredibus aſſignanda quæritur, nihil intereſſe poteſt, utrum hereditatis totius, an portionis ab inteſtato partem, eam eſſe dicas: at in ſingulis heredibus non poteſt eſſe dubium, quin portio portionis inteſtati intelligenda ſit. Nam ſi tunc univerſæ hereditatis diceres, eveniret, ut legitima ſæpe major eſſet, quam filius omnino ex bonis paternis ſperare potuiſſet. Si enim ſex ponas liberos; plus ſextante ſingulis obtingere non poterat; legitima vero ex illa interpretatione foret *ſemis*, qua re nihil abſurdius. At tamen alii caſus dantur, in quibus equidem plus dubii invenitur. Præterea ex eo, quod legitima *hereditatis* portio eſt, ſequitur, Patrem vivum a liberis nullo modo ad legitimam ſibi præſtandam poſſe compelli, quia viventis nulla eſt hereditas, *l. 1. de hered. vend.* & ejus quod plane non eſt, nec pars ulla, neque effectus eſt; accedit textus *in l. 1. §. 21. de Collat.* ubi expreſſe negatur Quartæ petitio naſci, dum Pater vivit. Argumenta, quæ Fachinæus *l. 12. c. 19.* habet in contrarium, minime difficilis ſunt expeditionis. Id tamen non gravate concedendum; Patrem bona prodige diſſipantem, mature a liberis conveniri poſſe, ut ſibi in futurum quoque de alimentis proſpiciat; Eſt & in promptu remedium interdictionis bonorum, ſi parentes nequitia & luxuria deſperatæ emendationis ſit. Interea tenendum, dari caſum, quo Parentis vivi liberis exſolvere legitimam debent, quando monaſterium ingrediuntur, *Auth. nunc autem. C. de epiſc. Nov. 5. c. 5. Auth. ingreſſi. & Auth. ſi qua mulier. C. de SS. Eccl.* Item quod donationes, quibus parentum facultates adeo exhauriuntur, ut legitima liberis ſalva non remaneat, vivis etiamnum parentibus, tanquam inofficioſæ reſcindi poſſint, *l. 5. C. de inoff. donat.* Poſtremo cum legitima ſit portio *hereditatis*, ſequitur, filium non poſſe legitimam agnoſcere, & repudiare cætera hereditatis, quia nemo hereditatem pro parte eam ſcindendo adire, nemo quasdam partes agnoſcere, quasdam repudiare poteſt, ut Paulus & Ulpianus docent in *l. 1. & 2. de Acquir. hered.* nihil obſtante *l. 8. §. 15. h. t. Auth. naturale. C. de Fideic.*

1. (i) Sequitur in definitione; quod *Lex* eam relinqui præcipiat; nempe juris civilis eſt Legitima, ſed mixti; fundamentum & principium habens in jure naturæ & gentium, determinationem formamque, & effectum ſpecialem ex jure civili: Hinc aliud quæſitum pendet, utrum legitima per leges novas minui atque aboleri poſſit. * Ponendum enim eſt, immotam eſſe legitimam, quatenus in morali neceſſitate vertitur, extra eam mutabilem; ac neceſſitatem conſiſtere in obligatione parentis ad ali-

* *P. 3. C. El. 12. §. 5.* ſtatuta, quæ Parentum legitimam plane tollunt, improbat, ac declarat invalida, cujus Conſtitutionis ratio ad liberorum legitimam multo magis pertinet. Interim Statuta legitimam minuentia attendi jubet & ſecundum ea pronuntiari §. deßgleichen wann. Imo ipſa Conſtitutio *El. Noviſſ. 2.* §. als ordnen, §. iedoch, in caſu, quo allodium in feudum converſum fuit, liberorum legitimam minuit, & duobus vel tribus quadrantem, pluribus trientem relinquit. v. Carpzov. *ad d. C. El. 12. def. 5. Id. P. 3. C. El. 8. D. 30.* Berlich. *P. 3. Concl. 11. n. 55.* Moller. *Semeſt. L. 3. c. 5. j.* Carpzov. *L. 6. Reſ. 44.*

(i) *Poſ. 17. &c.*

menta;

menta; ex quo intelligimus, diminutionem recte legibus decerni, quia aſſignatio alimentorum non conſiſtit in puncto, ſed arctari aut relaxari diverſimode poteſt; & cum olim jure Romano anguſtior determinatio, quam nunc eſt, fuerit, nihil impedit, quo minus præſens laxitas ad primam arctitudinem redigatur. Abolitionem quod attinet, ea quoad liberos, in univerſum nulla lege ſtabiliri poteſt, quia quisque inevitabili neceſſitate naturæ curare debet, uti, quos effecit in mundo ut eſſent, iidem in mundo ſubſiſtere queant; qui dedit vitam, debet dare victum; quanquam ſi liberi ſemet alendis ſufficiant, illa neceſſitas ceſſat; enim vero tamen lex in univerſum loquens, indiſtincte valere debet, nec ejusmodi varietatibus ſanctionem accommodare poteſt. In Parentibus quoque & in Fratribus, ut ſupra oſtendimus, non tam neceſſitatis, quam miſerationis & gratitudinis ratio militat; quæ cum ad Juſtitiam adtributricem pertineat, aliter ſe habere poteſt, & proinde in hiſce legitima tolli poſſe videtur. Moribus noſtratium, ſi modus ſuccedendi ab inteſtato pactis antenuptialibus præſcriptus, teſtamento non ſit mutatus, parentibus ex bonis liberorum non debebitur portio legitima, ut obſervat Voetius *ad §. 1. h. t. n. 5.* quod cum ex aliis, tum ex Sandio probat *l. 4. tit. 2. def. 4.* ubi tamen longe alia ſpecies tractatur. Equidem ſi parentes pactis antenuptialibus conſenſerint, pariterque legitimæ renuntiarint, ſtatuendum videtur, legitimæ illis non dari petitionem, per ea, quæ Sandius diſputat.

11. Sed quantum eſt, quod pro legitima lex olim hodieque determinavit.? veteribus quadrans, ſive quarta pars ejus, quod ab inteſtato ad liberos perventurum erat, ſufficere viſa, *l. 8. §. 6. & 8. h. l. 31. eod. & l. 2. C. de inoff. donat.* Juſtinianus inprimis humanus legislator, addidit προσθήκην ὐκ ἀγενῆ, non ignobile incrementum, ut loquitur *pr. Nov. 92.* Conſtituit enim, ut, ſi liberi quatuor vel pauciores ſint, eorum legitima Triens ſive tertia pars, ſi quinque vel plures, ſemis, id eſt pars dimidia ſit, in *Nov. 18. c. 1.* non obſcura ratione, quod quo major eſt numerus, portio decerpta, alimentis minus ſufficere ſoleat. In præfatione veteres duritiæ inſimulat Imperator, quod tam parce liberos bene moratos honoraverint; & ipſius conſtitutionis verba atque diſtinctionem, liberis, ut apparet, accommodavit; claudit tamen illud caput his verbis; *hoc obſervando in omnibus perſonis, in quibus ab antiquo quartæ ratio de inofficioſo, lege decreta eſt.* Unde communiter Dd. augmentum legitimæ ex quadrante in Trientem, æque in Parentibus, * imo & fratribus, ſi turpis perſona ſit ſcripta, quam in liberis habere locum, ſtatuunt: Nec ego quid liquidius, quid clarius ex ullis legum verbis colligi poſſit, video; ſi quidem indubitate illis perſonis *olim quartæ inofficioſi ratione* decreta fuit; in omnibus autem illis perſonis idem argumentum eſſe obſervandum, ſancit Imperator, nec ratio refragatur, quoniam pietas, qua liberi parentibus tenentur, non eſt minoris apud juris auctores quam neceſſitas parentum erga liberos, *l. 15. de inoff.* Concedo, inſcriptionem præfationemque liberis convenire, quia de his præcipue Juſtinianus tota hac *Novella* agere decreverat; ſed an hoc impediet, quo minus id, quod de liberis ſtatuit, clara diſtinctaque clauſula, ad alios etiam extra liberos ejusdem ſanctionis participes extendat? quid civilius, quid uſitatius in quovis genere ſcribendi? plane geminum vide in *l. 35. §. ult. C. de inoff.* Prorſus nihil improbabilius a Vinnio *hic* aliisque memini diſputatum. Cæterum, in munerandis liberis, & ratione trientis aut ſemiſſis ineunda, non computantur liberi, Parentes aut fratres, qui jure ſunt exheredati vel præteriti, ut communiter tenent, ac probant ex *l. 1. §. 5. de conjung. cum emanc. lib. ej.* juncta *l. 9. §. 2. de liber. & poſt.* quæ res ut magni uſus, ita diligentiorem requirit explicationem, quam Pandectis loco parallelo reſervamus.

12. Præterea certum eſt, Teſtatorem nullum gravamen huic legis beneficio, qualecunque fuerit, poſſe imponere: non legatum, non fideicommiſſum, vel conditionem, *l. 30. l. 32. & l. 36. C. h. t.* Niſi quod arbitrariam, ſive poteſtativam conditionem aliqui excipiunt, quod verum, niſi gravamen aliquod, aut moram ſaltem injiciat, *dd. ll.* Imo, fortean plane admittenda non vi-

* In Saxonia idem obtinere ſatis, apparet ex *P. 1. C. 12.* ubi Legitima Parentum Triens appellatur, ex qua inferunt, legitimam Aſcendentium in Saxonia ſemper eſſe trientem, nunquam ſemiſſem, cum vix poſſibile ſit, plures, quam quatuor, Parentes eandem ſimul poſtulare, & Collaterales cum Aſcendentibus haud concurrant, *P. 3. C. El. 17.* vid. omnino Berlich. *p. 3. Concl. 12. n. 43. ſeqq.*

detur,

Digitized by Google

detur, ne quidem talis *ſi frugi ſit:* legitima non debet non omnimodo præſtari, nec implemento conditionis adventitiæ, quamquam juſtiſſimæ, ſuſpendi poſſe videtur: eſt enim juris naturalis immutabilis, in liberis, extra cauſas exheredationis, *Nov. 115. c. 3.* Prohibitio gravamini legitimæ conſentaneum eſt, eam non poſſe relinqui in fructibus, aut in nuda proprietate; debet enim præſtari *e rebus ſubſtantiæ Paternæ, l. 36. fin. pr. C. h. t.* nec ideo valet inſtitutio liberorum in nuda proprietate, & uxoris aut alterius perſonæ in uſufructu generali. *Sed liberi modis omnibus legitimæ partis, & uſumfructum & proprietatem* habere debent, ut ſancitum eſt in *N. 18. c. 3.* ubi cum diſerte agatur de caſu, quo liberi ſimpliciter heredes inſtituti ſunt, dicendum videtur, liberos hoc caſu proprietatem univerſam, & uſumfructum legitimæ inſuper habituros, etſi tum ſane plus in ſumma, quam eſt in legitima, conſequantur, qua de re vide diverſum ſentientes Auctores apud Sandium *lib. 4. tit. 7. def. 1.* Sed Curia recte cenſuit, ita ut modo diximus, non habita ratione diſtinctionis, quam Sandius ſuggerit, utrum liberi aliunde habeant unde vivant, an ſecus. Nam etſi Juſtinianus in *d. N. 18. c. 3.* reprehendens diſpoſitionem Patris, liberos ex ſola proprietate ſcribentis heredes, loquatur de *liberis interim fame forte perituris*, conſtitutio tamen eſt generalis, neque ex uſu Juris eſt, leges figere atque refigere, pro diverſitate circumſtantiarum. Ex iiſdem verbis, quod legitima *e ſubſtantia bonorum* præſtanda ſit, recte colligitur, filium, cui legitima ſolvenda, non poſſe præcludi a bonis immobilibus, nec etiam ſola immobilia cogi accipere, ſed de omnibus aliquid capere poſſe, modo tamen jure dici queat, aliquid in alterutro eſſe gravaminis; Nec, ſi adſignatur in pecunia neque de æſtimatione bonorum cauſa querendi ſit, ſtatim videtur eſſe *gravamen.* Quod ſi tale gravamen, quo ſubſtantia legitimæ diminuitur, ſit adjectum, non datur hodie Querela, ſed condictio ad ſupplementum legitimæ; quod etiam obtinebit, ſi legitima in ſolo uſufructu, vel nuda proprietate ſit relicta, *d. l. 30. C. h. t.* Sand. *d. l. 4. tit. 7. def. 2.*

13. (k) Sequuntur caſus, quibus ceſſat Querela reſpectu Teſtatoris, quorum primus eſt, ſi *miles* ſit, & quatenus habet privilegium teſtandi jure militari, non ulterius, *l. 8. §. 3. & 4. h. t.* Sed *in l. ult. §. 1. C. h. t.* non modo militibus in concreto, ut ita loquar, & ubique, ſed etiam iis, qui habent peculium quaſi-caſtrenſe, non ſolum teſtamenti factio, ſed etiam Querelæ exemptio conceſſa fuit; quæ res Juſtiniano ſecundis curis diſplicuiſſe videtur, in *Nov. 115. c. 4. in pr.* ubi conſtituit, liberorum teſtamenta Querelæ parentum eſſe ſubjecta, ſi juſtas ob cauſas non ſint exheredati, *quatenus habent teſtandi licentiam:* Aliter enim non ſunt termini habiles hujus conſtitutionis; neque tamen privilegium militare generalibus his verbis abrogaſſe Juſtinianum, ſed jus antiquum hac parte retentum eſſe, videtur ſtatuendum ex *d. l. 8. §. 3. & 4.* Alter caſus reſpectu Teſtatoris eſt, *ſi bona mente* filium exheredet, non ut illi obſit, ſed ut ei conſulat, *l. 18. de lib. & poſt. hered. l. 12. §. 2. de bon. libert. l. 47. in pr. eod.* Caſum habet Tryphonius in *l. 16. §. 2. de Curat. fur. Potuit Pater*, ait, *& alias providere nepotibus ſuis, ſi eos juſſiſſet heredes eſſe & exheredaſſet filium*, ſcilicet prodigum, *eive quod ſufficeret, alimentorum nomine ab eis certum legaſſet, addita cauſa neceſſitateque judicii ſui.* Nec iis legibus derogatum eſt per *Nov. 115.* quæ manifeſto loquitur de exheredatione noxia, ab iratis Parentibus facta: Neceſſe tamen videtur, addi cauſam & neceſſitatem judicii Teſtatoris, ut Tryphonius monet. Nam alioqui præſumetur, ſicut eſt, nocendi & excludendi animo facta exheredatio; quemadmodum de injuria dicimus, eam non præſumi animo jocandi, vel bona mente, niſi probetur, eſſe illatam. Proinde minus tutum videtur, quod Sandius ſcribit *d. lib. 4. tit. 2. def. 3. ex conjecturis colligi poſſe, exheredationem factam eſſe bona mente:* magis eſt, ut verbis expreſſis opus ſit, niſi forte valde prægnantes & manifeſtæ in oculis ſint conjecturæ. Cæterum, quod de Exheredatione bona mente facta, legibus approbatum eſt, id ſine dubio de gravamine legitimæ, quo liberis conſulatur, adjecto intelligendum eſt. Porro, datur & tertius caſus, quo reſpectu Teſtatoris Querela ceſſet; quando Pater filio impuberi fecit teſtamentum eique dedit ſubſtitutum pupillarem: Tunc enim mater, etſi ne legitimam quidem habeat, Querela tamen uti non poteſt; qua, ſi filius ipſe teſtatus eſſet, uti potuiſſet; adverſus mariti ejuſdemque Patris pupilli judicium, lex ei non dat querendi remedium, *l. 8. §. 5. h. t.*

14. Ratione temporis amittitur Querela, I. Si quinquennium ſit elapſum, nam hoc ſpatio que-

(k) *Poſ. 24. &c.*

relæ

relæ præſcribitur, *l. 8. §. ult. h. t. & l. 34. in fin. C. eod.* condictioni ad ſupplementum idem tempus non præſcribitur, ideoque illa durare videtur annos 30. per *l. 3. C. de præſc. 30. ann.*

Breviori etiam tempore perit Querela, ſi is, cui dabatur, mortuus ſit, antequam præparaverat actionem ſive Querelam actu aliquo judiciali, denunciatione ſaltem, vel proteſtatione, *l. 6. §. f. & l. 7. h. t.* Solus filiusfam. transmittit querelam ad heredem ſuum, ſi mortuus ſit, dum heres ſcriptus deliberabat, *l. 34. C. h. t.* quam plerique, ſed male, indiſtincte accipiunt, etiam Sandius *4. 9. 7.*

SCHOLIUM.

Quaſi ſcilicet valeat non tantum in filio, ſed & in aliis, quibus querela competit, ante aditam hereditatem mortuis, transmittaturque non tantum ad ſuos, ſed etiam ad extraneos, vid. Struv. X. 29. *vel etiam quaſi ſemper filius transmittat ſuis, ſive ante hereditatis aditionem ſit mortuus, ſive poſt eam. Quod videtur in mente habuiſſe Autor Sandium notans.*

RESPONSIO.

Neſcio, an recte mentem poſitionis noſtræ perceperit Scholiaſtes; non in hoc conſiſtit, quod putabam, Sandium & alios imprudenter illud indiſtincte *accepiſſe, quaſi etiam ad extraneos heredes transmittendi jus ſine præparatione extenderetur; ſed hoc volebam, illos* d. legem. 34. *de ſuis heredibus* indiſtincte *accepiſſe; cum tantum loquatur de caſu, quo ſuus heres deceſſit,* dum ſcriptus heres deliberabat, *ut etiam recte obſervavit Perezius ad* h. t. n. 13. *idque textus ipſius Lectio demonſtrat, & in poſitione ſatis declaratum eſt.*

N. ADDIT.

Potuiſſet omnem ambiguitatem evitare Autor, ſi in poſitione duobus verbis additis mentem ſuam propoſuiſſet clarius. Hoc non facto, licebat ſub locutione generali ſuſpicari, quod etiam ad eorum ſententiam reſpexerit, de qua citatus eſt in ſcholio Struvius. Neque tamen genuinam Autoris mentem omiſi in ſcholio. Nam qui dicit, quod textus tantum loquatur de caſu, quo ſuus heres diſceſſit, dum ſcriptus heres deliberabat, & reliquos notat, qui indiſtincte legem accipiunt, is utique eos intelligit vi oppoſitionis, qui docent, quaſi filius ſemper transmittat ſuis, ſive ante hereditatis aditionem (ſcil. heredis ſcripti & dum hic deliberat,) ſit mortuus, ſive poſt eam, ut dixi in ſcholio. Igitur hæc, quæ omnino plana ſunt, forte ideo diſſimulavit Autor, & maluit mihi imputare, quaſi ipſius mentem non intellexerim, ut poſſet omittere ſcholium meum ſtatim ſequens, in quo ipſi oſtenderam, quod non intellexerit mentem Sandii, quod adeo nunc appono. Dum enim Sandium etiam illis accenſet, qui ita indiſtincte & male textum accipiunt, adjeceram: Dubito tamen, Sandium ab Autore diverſum ſentire, quod facile patet, intuenti ejus verba: Querelam, *inquit*, inofficioſi teſtamenti filius exheredatus ad ſuam poſteritatem transmittit *indiſtincte*, hoc eſt, ſive præparata ſit, ſive non ſit. *Et hæc etiam eſt mens Autoris, quod ratione præparationis non ſit diſtinguendum. Ita tum ſcripſeram: Nunc in reſponſione præſente confirmatur hæc mea aſſertio in verbis:* Sine præparatione &c. *quæ alias ad ſcholium prius nihil faciunt. Ergo expungendus utique fuiſſet Sandius in textu prælectionum, nec amplius illis, qui male textum accipiunt, fuiſſet jungendus.*

15. Sequebantur caſus, quibus ceſſat Querela ratione cauſarum; quanquam propter has Querela non tam ceſſat; datur enim tum maxime; quam effectu caret. Verum de cauſis illis copioſe diximus ad *tit. de exheredatione liberorum*, quæ heic repeti nihil attinet, nec etiam verſiculos memoriales, quibus cauſæ, tam filiales quam paternæ & fraternæ includuntur, utiles ad ediſcendem tyronibus, ſed ex poſitionibus notæ ſunt ac inde facile repetentur, ut ſunt a nobis ab antiqua memoria emendati. Tantum, quia Scholiaſtes noſter hic aliquid movit, placet poſitiones, quibus ſcholia ſubjecit, adjicere.

16. Ex his, inquam, cauſis una teſtamento nominatim inſerenda; ſi tamen omiſſa ſit, adhuc teſtamentum ſubverti, reſcindi debet, *d. cap. 3. §. 12. in fin. & paſſim*, quod aliter quam per querelam fieri non poteſt.

SCHOLIUM.

Imo vero poteſt etiam fieri per remedium nullitatis, arg. t. t. ff. de ſent. quæ ſine appell. reſcind. l. 2. C. de act. empt. *item* §. 5. Inſt. quib. mod. teſt. infirmantur. *Et notum eſt, Autores legum Codicis non ita accurate proprietati verborum ſtuduiſſe, ut JCtor veteres,* Conf. Struv. reſolut. p. 182.

RESPONSIO.

Nimis ſæpe repetitur hæc objectio, cui abunde, ni fallor, ſatisfecimus ad fin. d. tit. de Exhered. lib. *Si verba* Nov. 115. c. 3. *non ſatis valida ſint*

ad excludendam nullitatis Querelam; multo minus certe aut illinc, aut e tota Juris analogia profertur, quamobrem nullitatem in caſu exheredationis expreſſæ, cauſa non expreſſa, admittere oporteat.

N. ADDIT.

Etiam hæc reſponſio ſuperius in Nov. addit. ad tit. de Exhered. liberor. *examinata eſt, ubi oſtendimus, indicium non optimæ cauſæ eſſe, quod Autor plane nihil reſpondeat ad obſervationem ſcholii, niſi verba indignantia.*

Quod ſequitur, etſi jam ſuperius collocatum, quia tamen a Scholiaſte nonnulla moventur, repetitio non erit otioſa.

17. Cauſæ graviores, vel ſimiles ejuſdem generis, videntur admittendæ, non quæ ſunt diverſi generis ab enumeratis. *Ex gr.* Qui ſe operis ſcenicis aggregat, exheredari poteſt, homicida non poteſt; contra, hæreticus exheredatur, nonne & blaſphemus? Qui novercam vitiat, poteſt, nonne & ea, quæ ſe vitrico ſubſternit? procul dubio.

SCHOLIUM.

Malim ſimpliciter dicere, cauſas ſimiles, vel graviores etiam, nunquam admittendas. Conf. not. ad Strauch. IX. 39. p. 115. *&c.*

RESPONSIO.

Etiam de hac Quæſtione diximus ad præd. tit. de Exhered. lib. *Quod blaſphemiam non patitur ejuſdem generis eſſe crimen cum hæreſi, non habet rationem. Nam magna hæreſis eſt blaſphemia, pertinetque ad malum de Deo ſenſum, quanquam ſæpe aliquid addat hæreſi. Qui profitentur atheiſmum, quod genus hominum mirifice augetur hodie, blaſphemi ſunt; ni tamen hos ſub hæreticis heic liceat complecti, valde me falli oporteat. Inſtantia de homicidio cum inceſtu comparato, nimis eſt inanis, quam ut reſponſum mereatur. Si corruptionem novercæ & ſtuprum cum vitrico, non ejuſdem generis, ſed eandem ſpeciem eſſe vult, non multum in exitu aberit Scholiaſtes a ſenſu noſtro, & fieri poterit, ut in extenſionibus admittendis non magnopere diſcrepemus.*

N. ADDIT.

Ante omnia Scholia noſtra, ab Autore non adeo tempeſtive abrupta, ſunt integranda. Ita vero addideram de blaſphemo: *Ego non puto, quia blaſphemia eſt diſtinctum delictum ab hæreſi, & diverſum genere. Et ſi blaſphemia ad exheredationem ſufficeret, ſufficeret etiam homicidium, quia & hoc eſt delictum. Neque juvabit, ſi dicas, blaſphemiam convenire generice cum hæreſi, quod utrumque ſit delictum in Deum immediate commiſſum, ſecus ac homicidium. Nam & homicidium generice convenit cum inceſtu filii & novercæ, quia utrumque immediate in hominem committitur, & gravius eſt inceſtu, uti blaſphemia hæreſi, ergo homicidium quoque ad exheredationem ſufficiet, quod tamen nec Autor admittit:* De privigna, *quæ ſe vitrico ſubſternit, dixeram: Concedo, at hic caſus non eſt gravior, nec ſimilis, ſed idem cum eo, qui* d. N. 115. c. 3. §. 6. *exprimitur:* argumento l. 1. ff. de V. S. *Jam vero judicet Lector, an inſtantia noſtra de homicidio cum inceſtu comparato, nimis inanis ſit, ut non mereatur reſponſionem. An non potius ea, quæ pro ſalvanda ſua opinione de blaſphemia, Autor attulit, talia ſint. Certe, qui principia Juris Canonici vel primis guſtavit labris, ſciet, blaſphemiam & hæreſin eſſe diſtincta crimina, etſi ſæpe coincidant in uno actu, uti v. g. adulterium & inceſtus etiam ſæpe coincidunt. Atheus vero & hæreticus adhuc magis differunt. Quod vero alterum exemplum de inceſtu privignæ cum vitrico attinet, in eo a ſenſu Autoris abeo, quod ego deducam illum caſum ex Novella per interpretationem declarativam, Autor vero doceat, etiam interpretationem extenſivam habere locum in* d. Novella, *cui tamen repugnat verbum* duntaxat. *Unde in exitu etiam recedo a ſenſu Autoris, quia oſtendo, quod exemplum hoc non quadret ad ejus ſententiam.*

Addendum adhuc de Legitima; Imperator in ſæpe citato *cap. 3. in pr.* ſancit, non licere Patri, vel matri, liberos præterire aut exheredare, *nec ſi per quamlibet donationem, aut legatum, vel fideicommiſſum, vel alium quemcunque modum, eis dederit legibus debitam portionem.* Unde apparet, non ſufficere, liberos titulo particulari habere legitimam, quod olim ſufficiebat, *§. ult. h.* niſi nec præteriti, neque exheredati, hoc eſt, niſi *inſtituti* ſint; Quo fine ſufficit, ſcriptum eſſe in Teſtamento, *heres eſto;* licet exigua aſſis particula adſperſus, aut cum re certa, quæ legitimam nullo modo impleat, ſit dimiſſus, *d. Nov. 155. c. 5. in pr.* Si enim minus legitima ex inſtitutione omnimodo habeat, ceſſante querela, datur condictio, ex *l. 30. C. h. t.* ad ſupplementum legitimæ, *§. 3. h.* Quod ſi ampliſſimo auctus legato, nec tamen heres ſit dictus, querelam habebit. Differentiæ ratio

Digitized by Google

tio non exinde, quod inſtitutionis titulus honorificentior ſit, petenda videtur; ſed quia, ut Juſtinianus rem conſiderat, termini habiles querelæ deficiunt, quando filius eſt inſtitutus. Voluit enim præterito aut exheredato hoc remedium dari, non ſcripto heredi. Atqui Veteres id modo ſpectabant, an pater neceſſitati naturæ in legitima relinquenda ſatisfeciſſet; Quo facto, parum de titulo erant ſolliciti; quod viſum aliter Juſtiniano. Inſtitutionem quidem ille requirit; ſed non, inquam, ut inſtitutione expreſſa totam habeat legitimam. Nam & quæ per modum legati, aut donationis M. C. aut quolibet ultimo Patris judicio nactus eſt, ea in legitimam imputantur, item dos, donatio propter nuptias, *l. 29. C. h. t.* pecunia ad militiam ipſi emendam data, *l. 30. §. ult. eod.* Cæterum, ceſſare Querelam, ſi intra quinquennium poſt aditam hereditatem mota non fuerit, jam dictum eſt *l. 34. inf. C. h. t.* Quod ſpatium condictioni ad ſupplementum legitimæ ex *l. 30. C. h. t.* nusquam præſcriptum legitur. Ideoque nullam cauſam eſſe monent Interpretes, ut breviori ſpatio quam triginta annorum, quod perſonalibus judiciis commune eſt, hanc condictionem terminari dicamus, *l. 3. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* niſi contra ſcriptum ſit, in *l. 34. in fin. C. de h. t.* ubi nepoti datur Querela *vel condictio ad ſupplementum*, niſi pater ejus repudiaverit, vel *quinquennium tacuerit.* In *poſ. 26.* paulo ſecus ſcripſi; ſed parum abeſt, quin verius ſit, quod verba præ ſe ferunt, *in d. l. 34.*

Tit. XIX.

De Heredum qualitate & differentia.

Differentia heredum. Quibus temporibus cum illis teſtamenti factio eſſe debeat. De jure deliberandi. De inventarii beneficio, & incommodis neglecti ejus. Non videri inter illa eſſe jacturam legitimæ. Quibus modis hereditas acquiratur.

(a) QUalitas heredum ex eorum differentia colligitur, quæ in ſumma eſt duplex; Neceſſarii, vel voluntarii heredes. Neceſſarii, qui côguntur eſſe heredes, ſive velint, ſive nolint, atque hi vel ſunt tales duntaxat, vel ſui & neceſſarii ſimul. Neceſſarii tantum ſunt ſervi, quos Romani a Dominis inſtitutos, heredes invitos fieri voluerunt, ut ſi creditoribus heri ſatisfieri non poſſet, bona ſervorum nomine, voci acerbæ præconis ſubjicerentur; iisque præmium qualiscunque ignominiæ, quæ revera nulla erat, Libertas, & rerum poſtea quæſitarum irrevocabile dominium, nullis creditorum actionibus obnoxium, dabatur, *princ. h. t.* Sui & neceſſarii ſimul, erant Filiifamilias, qui primo *ſui* antiquiſſima appellatione dicebantur, quoniam proximi defuncto & in poteſtate ejus erant, *§. 1. h. t.* Ratio appellationis, quia cum pater & filius eadem perſona exiſtimentur, filius patris heres exiſtens, ſibi quodammodo ipſi heres fieri videtur, αὐτοκληρονόμος. quo, licet minus efficaciter, pertinet, quod Imperator hic ait, ideo *ſuos* dici, quia domeſtici heredes ſunt, &c. Iidem Neceſſarii vocantur, quod jure Civili ex XII. Tabb. ſeu nolint quoque ſeu velint, heredes eſſe cogantur, exemplo ſervorum, in quos Patribus olim non minus fuiſſe poteſtatis, quam dominis in mancipia, diximus alias. Sed poſteri diverſam liberorum a ſervis rationem eſſe, merito judicarunt, quoniam his neque res, neque dignitas ex bonorum diſtractione, & ære alieno minuebatur, cum neutra præditi eſſent. Sed dedecus a mortuorum memoria ipſorum vitio contractum, derivare in liberos ſuperſtites, atque hos compellere, ut propria bona ob paterna debita perderent, id inhumanum erat. Quare Prætor Jus *abſtinendi* in uſum fori introduxit, quo Liberis ſubducere ſe paternæ hereditati permittitur, ita ut nulla creditoribus actio petitioque adverſus eos detur, *§. 2. h. t. l. 57. de Acquir. hered.* Hæredes voluntarii ſunt, qui pro arbitrio hereditatem vel adire vel repudiare poſſunt, iidemque extranei, quia non ſunt *ſui*, id eſt, domeſtici, dicuntur, *§. 3.* Tales ſunt omnes extra ſuos, adeoque etiam liberi emancipati, omnesque liberi matris & maternorum reſpectu, tum fratres omnesque ſanguine juncti, & alieni, *d. §. 3.*

2. (b) Cum his extraneis, ait Imp. in §. 4. debere eſſe Teſtamenti factionem; non quod cum ſuis eadem eſſe non debeat, ſed quia non poteſt fieri, ut quisquam *ſuus*; nec tamen capax teſta-

(a) *Poſ. 1. 2. 3. 4.* (b) *Poſ. 5.*

menti factionis, hoc eſt, capiendi e teſtamento ſit. Quia quibus modis aliquis deſinit eſſe capax ſuccedendi, iisdem quoque, ſi ſuus ſit, deſinet eſſe ſuus.

SCHOLIUM.

Ita Dd. communiter. Sed quod jus Codicis attinet, non puto, hanc aſſertionem univerſaliter procedere. Ad eos enim, qui nihil ex teſtamento capere poſſunt, retulimus in notat. ad tit. de teſt. ordin. n. 29. *etiam hæreticos. Sed hæreſin tamen jus ſuitatis non mutare, arbitramur*, argumento Nov. 116. c. 13. §. 14.

RESPONSIO.

Sit hæc igitur hactenus exceptio, ſi quis velit, quales in definitionibus juris in univerſum vix evitari poſſunt.

N. ADDIT.

Ego vero hanc exceptionem nolim genericæ naturæ regularum juris adſcribere, ſed quod ſub Imperatoribus leges ſæpius magis ex impetu, aut ad ſuggeſtionem hominum nec eruditorum, nec juſtitiæ ſtudentium, latæ fuerint, præprimis vero in doctrina hæreſeos. vid. diſſert. noſtr. de jure Princ. circa hæreticos.

Jam duobus, ait Imp. temporibus debet eſſe cum extraneo teſtamenti factio, temporibus teſtamenti facti, mortisque Teſtatoris, medio tempore parum refert, capax fuerit heres an ſecus; hoc amplius & cum adit hereditatem, eſſe debet cum eo teſtamenti factio; aditæ autem hereditatis tempus non ponitur, ut punctum; ſed Imperator vult, non ſufficere duobus illis temporibus heredem fuiſſe capacem, *niſi etiam usque ad aditam hereditatem capax manſerit*, & ſic *aditæ hereditatis*, ponitur ſynecdochice, pro toto extremum, unde *totum* nomen habet. Igitur, quod acriter diſputat Vinnius, tempus aditæ hereditatis, non ut ejusmodi extremum conſiderari, quale fuit facti teſtamenti & mortis, neque medium tempus inter mortem aditionemque fuiſſe innoxium, & ἀδιάφορον, recte id quidem; ſed ego nec Juſtinianum, neque Tribonianum aliter ſenſiſſe puto: quia primo ſcribunt, *duobus temporibus inſpicitur*; deinde *medio tempore inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris* mutationem juris heredi non nocere tradunt; idem de medio tempore inter mortem aditionemque nullo modo affirmant, de quo proinde id neque exiſtimarunt. Et res clara eſt, heredem non poſſe potiri ſucceſſione, ſi uno poſt mortem Teſtatoris momento fuerit incapax hereditatis; Veriſſime igitur Vinnius, ſed abſque adverſario, utique non eo, qui ſit in textu. Et hæc de pura heredis inſtitutione; de conditionali tenendum, ibi tria ſpectari extrema, nempe præter duo priora, tertium quoque, exiſtentis conditionis; nam ſi medio inter mortem & conditionis exiſtentiam fuerit incapax heres, ſi tamen ſub ipſam exiſtentiam vitium ceſſaverit, nihil ipſi ad hereditatem adipiſcendam obſtat, *§. 4. h. t.*

3. (c) Qui autem heredes fiunt, tenentur cunctis oneribus hereditariis, etſi bona ſuperent, *l. ult. §. 14. C. de jur. delib.* eſt enim heres eadem perſona cum defuncto, *l. 59. de R. J.* qui hereditatem, inquam, acquiſivere, non quibus delata eſt; deferri diximus *ſupra* lege vel teſtamento; ut acquiratur, mox dicemus.

SCHOLIUM.

Quid ſi ergo ſuus heres ſit inſtitutus, qui ſecundum n. 23. hic, *ipſo jure acquirit hereditatem, atque adeo in eo & delatio & acquiſitio concurrunt? An & hic cogetur omnia debita, quæ bona ſuperant, ſolvere? Poſt beneficium abſtinendi, ſane hoc onus ipſi non poteſt imponi. Ergo Autoris aſſertio vel de jure veteri, & ante introductum beneficium abſtinendi, eſt intelligenda, vel ita dicendum:* qui hereditatem, inquam, acquiſivere, aut ab eadem non abſtinent, non, quibus delata eſt.

RESPONSIO.

Id e reliquis hoc titulo traditis facile collectum iri putabam. Non intercedo tamen, quo minus iſtuc obſervent & ſuppleant Auditores.

4. (d) Tam igitur ſuis jure Prætorio, quam extraneis abſolute, hereditatem vel adire lucroſam, vel repudiare damnoſam licet; Quod ſi dubitent, oneris an lucri plus in ea contineatur, dant leges ſpatium *deliberandi*, quod ſurrogatum eſt in locum antiquæ *eretionis*, quæ nihil quam ſolennis aditio erat intra certum tempus facienda, quod Teſtator ſub pœna exheredationis præſcripſerat, qua de re Ulpianus *tit. 2.* Deliberandi tempus olim quidem in arbitrio Prætoris erat, modo ne minus centum diebus daretur, *l. 1. §. ult.* cum *l. ſeq. h. t.* Poſtea certum tempus conſtitutum eſt, * *Anni*, quod etiam non petentibus ipſo jure competit, hoc effectu, ut ſi heres

* Deciſio Electoralis 57. pariter beneficium deliberandi ad annum civilem, non Saxonicum reſtringit, verb.

(c) *Poſ. 6.* (d) *Poſ. 7. &c.*

Digitized by Google

res delatæ hereditatis certior factus intra annum moriatur, jus adeundi uſque ad finem anni ad heredem ſuum transmittat, *l. 19. C. de jure delib.* Alioqui, nemine urgente aditionem, poſſe heredem, quamdiu vivit, adire hereditatem, utique intra annos 30. quibus cunctis actionibus præſcribitur, *l. 3. & t. 1. C. de præſcr. 30. an.* communiter probatur ex *l. 9. C. de jure delib.* Sane, urgentibus iis, quorum intereſt, non poſſe aditionem diutius anno differri, liquet ex *Nov. 1. C. 1. §. 1.* Dum deliberat heres, faciendum ei eſt, ut omnia exploret, inſtrumenta hereditaria inſpiciat, *l. 5. pr. h. t.* rationes ab iis, penes quos ſunt depoſitæ, petat, *l. 28. de Acquir. hered.* res non durabiles vendat, debita oneroſa diſſolvat, *d. l. 5. §. 1.* impenſasque faciat neceſſarias, *l. 6. & l. 7. §. 3.* denique, ſi filius ſit is, qui deliberet, alendus ex hereditate eſt, *l. 9. eod.* Anno elapſo, prorſus adire vel repudiare debet; nam tacendo in utramque partem ſe onerat, tam ut adiiſſe, quam repudiaſſe intelligatur; adiiſſe in favorem creditorum, ut his obligetur, *l. ult. §. pen. C. h. t.* repudiaſſe in gratiam ſubſtitutorum aut legitimorum, ut hi ſucceſſione potiantur; Cui enim bono alioqui tempus deliberandi certum præfigeretur, ſi diutius fructum deliberandi, libertatem, retineret? Quodſi poſt deliberationem vel ſuſceperit in ſe vel ſpreverit hereditatem, neutrum poſtea retractare poteſt; nemo enim poteſt hereditatem ſemel acquiſitam repudiare vel repudiatam acquirere, *l. 10. C. h. t. l. 4. C. de repud. hered.* exceptis minoribus annis 25. *§. 5. h. l. 7. §. 5. de minor.* & militibus, propter emergens æs alienum grande, *d. §. 5. h.* Cæterum, de tempore deliberandi ſtatuit noviſſime Juſtinianus, (ſalvo Teſtatoris præſcripto, qui brevius ſpatium injungere poteſt, *l. 72. de Acquir. hered.* Sand. 46. 1.) a Principe quidem impetrari poſſe annum, a judicibus novem menſes duntaxat, *l. ult. §. 13. C. h. t.* Idque non ſine aliqua indignatione permittit, ægre ferens, quod non omnes novo ipſius beneficio malint eſſe contenti, quo longe pleniorem heredibus ſecuritatem fecit, in *d. l. ult.*

5. (e) Hoc eſt beneficium Inventarii, per quod Heres, ſi adire vel repudiare ſimpliciter nolit, poteſt repertorium ſive deſcriptionem omnium defuncti bonorum conficere per tabularios, præſentibus cum legatariis, tum maxime creditoribus, quos citari oportet, (iis enim, qui vocati non ſunt, beneficium hoc, cætera validum, non obſtat, Sand. *l. 4. tit. 12. defin. 4.)* ſi non venerint, tres adhibendi teſtes *Nov. 1. c. 2. §. 1.* Ipſe heres ſubſcribere debet, addito, quod nihil ſubtraxerit, *d. l. ult. §. 2. & 3.* Inchoari debet hoc inventarium intra dies 30. ex quo ſcivit, hereditatem ſibi delatam & diebus 60. ſequentibus abſolvendum, vel ſi abſint heredes, intra annum a prima ſcientia; hæc ita exacte ſanciuntur in *d. §. 2. & 3.* & cum ſolennia legum examuſſim ſervanda ſint, non video, qua ratione Dd. ſufficere tradant, ſi inventarium, licet poſt diem trigeſimum inceptum, intra nonageſimum perficiatur; tametſi Statuto ejusmodi mutationem bono exemplo ſtabiliri poſſe nemo neget; ſed interpretari, aliud quam condere legem eſt. Præcipue autem *bona* defuncti redigenda in inventarium, *d. §. 2.* etiam ſane æris alieni capita, at non tam neceſſario; omiſſio enim aliquorum ex his minime, perinde inventarium vitiat ac quorundam ex bonis, Sand. *d. defin. 4.* Juſtiniani ſcopus fuit, novum hoc *Inventarii* inventum ita elaborare, ut ſine exceptione publici uſus & ſaporis fieret: adeo luculenter hujus beneficii fructus atque effectus dedit, quorum hi ſunt præcipui. Primus, quod heres, inventario facto, non modo legatariis, ſed nec creditoribus, ultra vires hereditarias teneatur, cum alioqui heredem ex perſona defuncti in ſolidum obligari, conſtet *d. l. ult. §. 4.* Alterum inventarii beneficium, quod heres ea, quæ defunctus ſibi debuit, per confuſionem non amittat, ut alioqui fieret, ſed perinde ſuum, ac reliqui creditores, ſervare poſſit, *l. ult. §. 9.* Tertium memoratur beneficium, quod heres legatariis quartam Falcidiam deducere queat; ſed hoc revera non eſt inventarii beneficium, quia & antehac dudum heredes deductionis illius copiam habuerunt; ſed habetur pro tali, quatenus omiſſio inventarii privationem Falcidiæ infert. Nam ut neceſſitatem Juſtinianus univerſis imponeret, Inventarium conficiendi, quoties non admodum liquida hereditas obtigiſſet, tria ſanxit

das Spatium deliberandi annuum, ſo ihm die Rechte verſtatten, und auf 52 Wochen zu rechnen iſt. Ex qua Deciſione quoque apparet, heredi apud nos integrum eſſe, etiam jam aditam hereditatem, intra annum deliberandi, repudiare, licet inventarium non confecerit, modo ſpecificationem rerum hereditariarum judicialiter inſinuet, & ad eam juramento ſuo confirmandam ſe offerat, Phil. *ad d. Dec. Obſ. 1. n. 8.*

(e) *Poſ. 14. & ſeqq.*

neglecti inventarii incommoda, * e diametro beneficiis ſive commodis modo recenſis contraria, ex quibus tamen unum tantummodo novum & ex ipſius conſtitutione oriundum eſt. *Primum* eſt, quod heres creditoribus hereditariis plane ſatisfacere, etiamſi bona exhauſta ſint, cogatur, id olim in omne herede, qui agnoviſſet hereditatem, obtinuiſſe, notiſſimum eſt *d. l. ult. §. 1.* ſed legatariis, nec olim nec hodie, neglecto licet inventario, plus quam eſt in hereditate, debetur, *§. 1. infra de ſingul. reb. per fideic. relict. l. 1. §. 17. ad Sc. Trebell.* Item *alterum*, quod heres confuſione ſuas in defunctum actiones amittat, *l. 57. de Solut.* Sed *Tertium* eſt verum noviterque excogitatum incommodum; ut heres, non facto inventario, legatariis quoque in ſolidum teneatur, neque Falcidiam exercere poſſit, *l. ult. §. pen. N. 1. c. 2.* Idem de Trebellianica ſtatuendum eſſe, plerique concedunt, quoniam ad hanc a Falcidia, cujus exemplo reperta eſt, *§. 5. I. de fideic. hered.* plerumque tuto argumentari licet, & Imp. in dictis textibus fideicommiſſarios cum legatariis jungit: Imo & Trebellianicam ſatis conſtat ſub nomine Falcidiæ comprehendi, ut in *l. 11. de Leg. 1. l. 30. §. 7. ad L. Falc. §. 3. I. Quib. mod. Teſt. infirm.* Adeo ut appellatio Quartæ Trebellianicæ, non tam a Juris conditoribus, quam Interpretibus introducta & uſurpata ſit. Sic etiam antehac a me ſcriptum fuit: ſed diſcere & id præferre, me nunquam puduit: Ex facto conſultus intellexi, veriſſimam eſſe viri ſapientis inter paucos, Gailii ſententiam; ſcil. nullam eſſe cauſam, textus, qui de ſola Falcidia reſpectu legatorum loquuntur, extendere ad Trebellianum. Heres fuerat ſcriptus & fideicommiſſo poſt mortem conditionali gravatus. Hereditas erat locuples; ideoque de beneficio Inventarii non cogitaverat. Mortuus erat, & extiterat conditio. Ejus Heres Quartam deducere volebat; objecta fuit omiſſio inventarii; de qua nemo in hereditate opulenta cogitat, ex qua nil niſi poſt mortem, incerta conditione decedet; putavi id iniquum eſſe, nec dubitavi, quin legibus ſtandum eſſet, quæ de Falcidia deque legatis ſolis loquuntur. Gail. 4. *obſerv. 38.*

6. Quin etiam liberos Inventarii neglecti pœnam ſuſtinere hanc, quod ne Legitimam quidem ſervare poſſint, crebro recentioribus viſum eſt, diſſentientibus Bartolo aliisque veteribus, item Fachinæo *6. contr. 24.* aliisque hujus ſeculi paucis, quorum magis mihi ſententia arriſit ſemper. Id ante omnia tenendum, reſpectu creditorum non eſſe locum quæſtioni. Adverſus hos enim filium ſervare non poſſe legitimam, adeo certum eſt, quam notum, de legitima prorſus verba non fieri, antequam dimiſſi ſunt creditores, *l. 8. §. 9. de Inoff. teſt.* Quæſtio duntaxat eſt, an Legatarii filio, qui æs alienum omne diſſolvit, legitimam actione legatorum auferre poſſint. Negandum cenſeo, quia nunquam poteſt fieri, citra exheredationem, ut per diſpoſitionem Teſtatoris, Legitima tollatur, *l. 32. C. de inoff.* Legata autem ſunt diſpoſitiones Teſtatoris. Tu dices, legis hoc opus eſt, non gravamen Teſtatoris; Sed ne lex quidem poteſt tollere legitimam, ſine ullo merito filii. Poſito tamen, id poſſe legem, falſum eſt velle; nuſquam liquet. Scopus legis eſt, heredem, qui ſuperſedit inventario, relinquere in vetuſtis heredum oneribus, *l. ult. §. 14.* novorum onerum nihil addit, niſi quod Falcidiam diſerte ademit. Quis docuit nos a Falcidia argumentari ad legitimam, cujus multo juſtior ratio, major ſine comparatione neceſſitas? Quis tam enormem in nova conſtitutione toleret conſequentiam nulla ratione nixam? Quin vide textus; Lex ſancit, eum, qui inventarium neglexit, *debitis hereditariis in ſolidum teneri, in §. 10.* ut *in ſolidum ſecundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur, &c. §. 14.* addito *Falcidiæ* commiſſo, nihil præterea. Neque porro in *Nov. 1. cap. 2.* aut verba aut mentem eſſe de legitima, patet ex *princ.* & ex *fine.* In *princ.* habetur, cauſam ſanctioni dediſſe fraudem heredum, per quam evenit, ut Falcidiæ locus fiat, cui alioqui non eſſet locus, quia ſalva quarta fuiſſet; atqui legitimæ nunquam non poteſt eſſe locus, ut notum. In *fine* eſt; *Si vero expreſſim deſignaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, neceſſarium eſt, Teſtatoris valere ſententi-*

* Quæ evitare queunt in Saxonia, ſi juratam exhibeant ſpecificationem, ea enim inſtar inventarii eſt Jure Saxon. Communi, *a.* 𝔏𝔑. *l. 1, art. 6.* Richter. *Dec. 60. n. 8.* Coler. *de Proc. Execut. p. 1. c. 10. n. 327. Id. p. 2. Dec. 65. n. 2.* & Electorali, *Dec. El. 11. & 57. j.* Torgauiſch Ausſchreib. rubr. welcher geſtalt die Agnaten. §. Dieweil aber dennoch diejenigen. Philip. *ad d. Dec. 57. Obſ. 1. n. 10.* Carpzov. *Deciſ. 25. n. 33.* Id. *P. 3. C. 38. d. 18.* Imo ex eadem ratione quilibet inventarii defectus hodie juramento ſuppletur; Carpz. *P. 3. C. 33. d. 6.* conf. Mev. *Jur. Lubec. P. 2. t. 2. a. 27. n. 59.* quod juri quoque civili non adeo incognitum fuiſſe videtur, *L. 22. §. 10. C. de jur. delib.*

am.

am. Hæc nullo modo eum legitima conſtare poſſunt, quia hanc a Teſtatore non poſſe prohiberi, nota res eſt. Poſtrema ratio; In eadem *Nov. cap. 1. & 4.* ſtatuitur, ſi heres intra annum Legata non ſolvat, eum cadere hereditate, quemadmodum in *cap. 2.* noſtraque ſpecie, cadit beneficiis inventarii. Tamen & in *cap. 1. & in 4.* Legitima heredibus conſervatur, niſi cum ab inteſtato ſucceſſio fit, *d. cap. 1. in med.* Quid cauſæ eſt, quare in pœna inventarii omiſſi non æque ſalva ſit Legitima, quam in pœna Legati cis annum non ſoluti? an quia pœna repertorii infecti totam hereditatem adeoque & Legitimam exhaurit? quaſi non eadem ratio in altera pœna eſſet, ubi, quod tota hereditas perditur, nihil impedit, quo minus Legitima remaneat. Atqui hoc unum fere contrariæ partis fundamentum eſt; Neglecto inventario, heredem ultra vires hereditarias teneri, unde Legitimæ ſpes nulla conſervandæ. Putem reſolute poſſe dici, primo, id reſpectu creditorum obtinere, quibus in infinitum tenetur heres, nec magis Legitimæ, quam reliquæ hereditati parcitur: Legatario heres nunquam ultra vires hereditatis tenetur, ut *modo* probavimus. Id ex verbis *l. ult.* ſupra citatis liquet. Dein, ſi heredes quoque non facto inventario, legatariis tenentur ultra vires hereditatis, non verebimur reſpondere, id excepta Legitima intelligendum. Nec tu inſolentem dicas exceptionem; quia non minus inſolens videretur, ac pœna hereditatis amittendæ in *cap. 1. & 4.* niſi expreſſa foret. Inſtas, hic non excipi? dicam, ſua ſatis natura illam excipi, quia tolli ſecus quam ob ingratitudinem non poteſt; abundeque ſufficit, quod nusquam inter pœnas inventarii omiſſi recenſeatur. Repeto, nullam fuiſſe cogitationem Juſtiniani in *d. l. ult.* aut in *hac Nov. 1. c. 2.* Legitimam ut involveret, quia, cum nominatim de Falcidia loqueretur, ſatis ſciebat, neminem debere eſſe tam imperitum, ut eum caſum intelligeret, quo Falcidiæ termini habiles deſunt. Sed in his, quibus Legitima debetur, Falcidia abſolute ceſſat, quia hæc non aliter, quam ubi quarta deficit, obtinet, is vero, qui legitimam ſumit, multo quidem plus habet: Plane ut non modo nectendæ ratio conſequentiæ deſit, ſed & ratio ejus, quod expreſſum eſt, cum eo, quod ineſſe volunt, maxime pugnet atque collidat. Sed adhuc urgetur, quod ſit igitur incommodum filii inventarium non componentis? *Primo*, ut creditoribus in infinitum teneatur, dein, ut quod ſibi a parente debetur, amittat. Quid ſi æris alieni parum, ſui nihil inveniat heres? palam ex his, quæ diximus, eſt, nullam eſſe pœnam favore legatorum. Etenim multo juſtius eſt, legata pro quarta minui, quæ lex jubet minui, licet inventarium non extet, quam legitimam penitus tolli, quam lex minui, nedum tolli tam rigide vetat. Una ſupereſt in contrarium ratio; quod pœna inventarii neglecti rationem habeat hanc, fraudem heredis præſumptam, qui ſatis ſibi proſpexiſſe creditur; eaque præſumptio perinde locum in filio ratione legitimæ, quam extraneo quoad Falcidiam habeat. Reſponſio in promptu eſt, præſumptionem hanc non poſſe latius operari, quam rei veritas operaretur, ſed deprehenſus ἐπ' αὐτοφώρῳ, in ipſa fraude heres, non aliter quam duplo mulctatur, minime vero jactura legitimæ, nedum beneficio inventarii, *d. l. ult. §. 10.* tametſi aliter in praxi & more Friſici fori obtineat, teſte Sandio *Defin. 6. ejusd. tit.*

7. Porro interea dum heres conficit inventarium, res jubet, ut creditores moleſtiam ipſi creare caveant, *l. ult. §. 11.* * Ipſe interim ſolvet ex bonis hereditariis impenſas funeris, actuumque judicialium & ſimilia, quæ moram non patiuntur, *§. 9.* deinde creditoribus ſecundum juris ordinem, quatenus vires ferunt hereditariæ, ſatisfaciet, modo liquidus ſatis ille ſit ordo; Nam ſi creditores de πρωτοπραξία contendant, palam eſt, heredem ejus rei non eſſe arbitrum, ſed ad Judicem recurrendum. Sin ordo non ſit controverſus, heres iis creditoribus, de quibus conſtat, exſolvat; nec ab aliis poſtea ſupervenientibus conveniri poteſt; ſed hi legatarios aut creditores, quos ipſi præcedere debuiſſent, compellare jubentur, in quem uſum eſt condictio ex lege, *d. l. ult. §. 5. 6. 7. 8.*

8. (f) DE HEREDITATE ACQUIRENDA. Quid & quales ſint Heredes, poſtquam abunde dictum, claudit Imperator Teſtamentarium tractatum notabili doctrina Acquirendæ hereditatis, quod & ipſum momentum, in quo ſucceſſoria Lex acquieſcit. Ubi enim acquiſitio hereditatis ſemel jure conſtat,

* Jure Romano intra novem dies conveniri non poterat, *N. 115. c. 5. §. 1.* In Saxonia triginta dierum mora vel non petenti relinquenda eſt, *Land-R. L. 1. a. 15.* conf. Struv. *Jurispr. L. 2. t. 23. §. 9.*

(f) *Poſ. 23. &c.*

dici

dici poteſt, quod deſinat hereditas mortui, & incipiat eſſe patrimonium viventis. Defertur hereditas, ut dictum alias, duobus modis, Teſtamento, vel lege, delata ubi eſt, acquiritur; Unde apparet, hoc caput, de Acquirenda, commune eſſe tam legitimæ quam Teſtamentariæ ſucceſſioni; adeoque naturaliter poſt utriusque tractatum, etiam de heredibus ab inteſtato, ſequi debuiſſet. At cum toties ſuorum & extraneorum, qui ipſo jure, quique adeundo fierent, heredum mentio facta ſit, non debebat articulus acquirendi hereditatem, unde potiſſimum differentiæ illæ pendent, diutius celari tyrones, qui nullo negotio hæc, cum de legitima ſucceſſione agetur, *ἀπὸ κοινȣ̃* repetere poſſunt. Acquiritur, inquam, ipſo jure, vel facto Hereditas. *Ipſo jure*, id eſt vi immediata legis, ut nullo ad hoc hominis dicto vel facto ſit opus: ita *a ſuis*, de quibus antea dictum, acquiritur, *l. 14. de ſuis & legit. hered. l. 11. de lib. & poſth. l. 1. §. 7. Si quis omiſſ. cauſ. Teſtam.* Extranei hereditatem adipiſcuntur Facto aditionis, eoque duplici, declaratione verborum, aut rebus geſtis; illam vocare licet aditionem in ſpecie, hanc pro herede geſtionem, *l. 25. §. 7. h. t. l. 18. pr. ad L. Falc. & l. 20. pr. & §. 1. de Acquir. hered.* In utroque facto requiritur animus heredis, quo ſenſu in *l. 20. pr. h. t. pro herede gerere*, dicitur, *non eſſe facti, quam animi*, id eſt, magis ſpectandum, quo animo, quam quid fiat: Multa enim pietatis cuſtodiæve cauſa aguntur, ut *ibidem* declaratur: imo fieri poteſt, ut animus heredis adſit, ubi nullæ res hereditariæ attinguntur, ſi quæ non ſunt, eas putet eſſe tales, *l. 88. de acquir. hered.* juncta *l. 21. §. 1. eod.* Quia autem ſui jam ultro ſunt heredes, neque ad effectum aliud quam immixtio deeſt, (termini ita uſurpantur, ut ſui miſcere ſemet, extranei adire dicantur,) facilius colligitur animus heredis in ſuis ad confirmandam qualitatem quæſitam, atque in extraneis ad novam acquirendam. Hinc ſi filiusfam. Patrem ſepeliverit, opus ei ſit teſtari, quod animo heredis non faciat, *l. 20. §. 1. d. tit.* In emancipato pietatis præſumptio, quam heredis, erit proclivior. Ita ſuus heres implendo conditionem, ſub qua inſtitutus eſt, animum heredis manifeſtare videtur, *l. 86. §. 1. de hered. inſtit.* quod de extraneis haud perinde affirmandum, *l. 1. §. 1. de condict. cauſ. dat. c. n. ſec.* Non valet etiam aditio, niſi fiat cum certa ſcientia, ſcil. delatam eſſe hereditatem, pure ſit heres an ſub conditione, teſtamento an ab inteſtato, *l. 13. & ſeqq. l. 22. §. 1. de Acquir. hered. & l. ſequ.* Denique non pro parte, ſed in totum fieri debet *aditio*, *l. 1. & 2. d. t.* Sed utrum hoc ſciverit, an ſecus, nihil refert, quia pro parte facta ſit ipſo jure totalis aditio, per *d. l. 1. 2. & l. 7. de R. J.*

9. In ſuis heredibus res aliter ſe habet. Differentia in effectu duplex eſt, Acquiſitionis & Transmiſſionis. Acquiſitionem quod attinet, ſui heredes eodem momento, quo defunctus expiravit, ſiunt domini rerum paternarum, adeo ut non tam mutari dominium, quam continuari videatur, *d. l. 11.* unde liberi jam vivo patre quodammodo domini fuiſſe dicuntur, *§. 2. h. t.* Extranei vero non ſiunt domini, priusquam adierint; & quidem domini duntaxat, poſſeſſio tam in illis, quam ſuis, non niſi per apprehenſionem acquiritur, *l. 23. pr. de Acquir. poſſ.* tametſi quoad effectum uſucapionis, inter defunctum atque heredem continua, non interrupta poſſeſſio intelligatur, *l. 30. Ex quib. cauſ. maj.* idque hodiernis moribus paſſim in univerſum fere obtinuit, ut poſſeſſio juncta dominio, absque nova apprehenſione translata intelligatur. Gail. *2. obſ. 52.* Perez. *ad tit. C. de Acquir. poſſ. n. 7.* *

10. Alterum diſcrimen inter ſuos & extraneos heredes, conſiſtit in jure transmiſſionis. Nam ſui, hereditate ſibi delata morientes, transferunt ſuum jus in heredes proprios, etiamſi neſciverint, ſibimet ipſis hereditatem fuiſſe delatam, *l. 3. C. de jur. delib. l. un. §. 5. de caduc. toll. l. 9. in pr. de jure fiſci*; non tantum in liberos ſuos, *l. 7. §. 1. de Acquir. hered.* ſed etiam extraneos, *l. 9. §. 1. de Reb. dub. l. 9. de jur. Fiſc.* ſed extranei non aliter transmittunt jus ſuccedendi in heredes, quam ſi adierint hereditatem, *d. l. un. §. 5.* nec quidem jus deliberandi transmittunt, ad quod ſcientia diſerte requiritur, *d. l. 19. C. de jur. delib.* idque eodem modo traditur a Sandio *lib. 4. tit. 9. def. 1.* Ratio hujus differentiæ pendet ex eo, quod *ſupra* diximus, *ſuos* he-

* Ita moribus Saxoniæ quoque obtinere, & poſſeſſionem ad heredes ipſo Jure tranſire, exiſtimat Carpzov. *dec. 225. n. 12. & P. 3. C. 9. def. 29. n. 6.* Sed ſicuti mores Germanorum generales hic jus civile non mutarunt, vid. Gail. *L. 2. Obſ. 152. n. 3.* Hahn. *Diſp. de tranſition. poſſ. ſſ. in heredem*; ita quoque ſententia Carpzovii nec conſenſum Doctorum, nec Praxin fori conſtantem invenit. vid. Berger. *Elect. Proc. Poſſeſſor. th. 29.*

redes

redes ipſo jure, ſine facto acquirere hereditatem; extraneos facto aditionis, vel pro herede geſtionis duntaxat; Quilibet autem jus acquiſitum in heredes proprios transmittit; non acquiſitum, quod non habet, inquam, nullo modo transmittere poteſt. Hactenus tamen receſſum eſt ipſo jure civili ab his regulis; quod liberi omnes, etiamſi non ſint in poteſtate, adeoque non ſui, jus hoc immediatum transmittendi habeant in ſuos iterum liberos, non æque in extraneos heredes, ut plerique accipiunt *l. 11. C. de ſuis & legit. hered. l. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Ex his ſequebatur, eos, qui non poſſunt adire, vel pro herede gerere; hoc eſt, qui nequeunt induere atque præferre animum heredis, quales ſunt furioſi ac infantes, etiam non poſſe transmittere jus hereditarium in proprios heredes: præter ſolos liberos in ſuas proles: nec enim aditio vel pro herede geſtio poteſt aliter fieri, quam cum animo conſilioque ſuſcipiendi qualitatem heredis, *l. 20. ff. de Acquir. hered.* Nec quidem per tutores Curatoresve ſuos, hoc jus transmittendi perpetrare poſſunt infantes dementesque: Nam illi quidem aditionis officio funguntur, hactenus, ut adminiſtrationem bonorum habeant, non etiam, ut hereditas iis acquiratur, iisque mediis in alios transferatur; textus in *l. 5. C. de Jur. delib.*

11. Secundum hæc δεινῶς juridiceque, ſi quicquam aliud, diſſerit Sandius in *lib. 4. tit. 8. defin. 9.* Mater filium furioſum heredem inſtituerat, eique ſorores duas liberosque tertiæ defunctæ ſubſtituerat: teſtatrix diem ſuum obiit, & poſt etiam filius in furore e vivis abiit. Oborta eſt quæſtio inter ſubſtitutos de prædio Omlandico, quod erat inter bona, quodque ſecundum jus ejus loci non eſt ſubjectum teſtamenti factioni, ideoque ſecundum ordinem inteſtati deferendum erat proximis, ſed proximæ furioſo noviſſime defuncto erant materteræ, non conſobrini; Reſpondit tamen Sandius, conſobrinos pariter admittendos, quia ſucceſſio prædii illius regenda erat cum reſpectu ad matrem furioſi, licet ante defunctam, eo quod furioſus non potuerit hereditatem acquirere, cum effectu, transmiſſionis ſenſu animi ad id neceſſario carens. Rationibus utitur iisdem Sandius, quibus modo nos in univerſa demonſtratione uſi fuimus, eo quod furioſus non habeat *animum* heredis, ideoque *cum in furore decedit, nihil ei quæſitum intelligitur*, inquit. Proinde quoties deceſſit aliquis impos rationis, aut quoties qui ſui compos, nulla ſigna voluntatis animique ſui edidit, non poteſt transmiſſio hereditatis ad eos fieri, qui ultimo defuncto ſunt proximi; ſed qui proxime contingunt eos, a quibus hi bona prius adepti ſint. *Inſpicitur*, inquit Sandius in eo caſu, *quis tempore mortis furioſo proximior ſit, non ipſi furioſo, ſed ejus parenti.* Sandius hunc caſum definitionemque vocat *raram*, ideoque notabilem. Forte rara dici poteſt hæc ſpecies in furioſo; at in infantibus, quorum intuitu prorſus eadem ratio eſſe videtur, & de quibus plerique textus juris, queis Sandius utitur, æque agunt, nihil eſt frequentius.

12. Jam velim quisque ſecum reputet, quid omni die fiat in mortibus infantium, adde furioſorum. Nemo dubitat, quin illi ſucceſſionem ad eos, qui ipſis proximi ſunt, jure tranſmittant, ſi vel unius horæ ſpatio, vel minutulo, infans poſt matrem puerparam ſpiraverit, ita ſervamus, docti indocti, ut patres hereditatibus augeantur, neque patres tantum, ſed ſi a latere paterno ſint alii propinquiores quam maternæ lineæ, ſucceſſio ſine controverſia vadit ad propinquiores. Sæpe, fateor, hæſiſſe me inter juris tam certi clarique dictamen, & praxeos tam indubitatæ obſervantias, ſine Statuto intermedio, contrariantes. Videamus, an non ad aliquam partem concordiæ res adduci queat: utique ſi probabiliter uſus fori noſtri e legibus adſtrui poſſit, non oportet nos eſſe difficiles in conciliandа praxi cum theoria, ſaltem hactenus, ut ex interpretatione legum, ſive recte ſive minus bene accepta, communis opinio orta videatur; quam alioquin ex mera juris ignorantia natam eſſe oporteret.

13. Lex unica C. *de His, qui ante apert. tab.* dictat, *liberos a Parentibus ſcriptos heredes, ſive ſe noverint ſcriptos, ſive ignoraverint, in liberos ſuos, cujuscunque ſint gradus vel ſexus, derelictam ſibi portionem poſſe transmittere.* Sed hæc conſtitutio necdum ſufficit ad obſervantiam praxeos noſtræ, quia tantum loquitur de transmiſſione liberorum paternæ hereditatis in ſuos liberos; non etiam in parentes ſuos aliosve propinquos; & dein non agit de ſucceſſione ab inteſtato, de qua noſter uſus vel maxime idem jus introduxit. Lex XI. C. *de ſuis & legit. hered.* ſic ait; *Si matre ſuperſtite filius vel filia, qui quæve moritur, filios dereliquerit, omnimodo patri ſuo matrive ſuæ ipſo jure ſuccedant; quod ſine dubio & de pronepotibus obſervandum eſſe*

eſſe cenſemus. Hoc titulo agitur de ſucceſſione ab inteſtato, & rotunde dicitur, liberos omnes ſuis parentibus indiſtincte, *ipſo jure* ſuccedere; conſequenter aditio ad acquirendam transmittendamque hereditatem non eſt neceſſaria, ſecundum *l. 14. ff. de ſuis & legit. hered.* Scio, multos non poſſe in animum inducere, ut credant, in ea conſtitutione tribus verbis aboleri diſcrimen inter ſuos heredes & extraneos, quod ad hereditatis aditionem atque transmiſſionem attinet; aliterque *d. legem* interpretari; verba ſcilicet, *ipſo jure*, ſignificare, quod ſine cretionis ſolennitate, quæ hodie ſublata eſt, & citra bonorum poſſeſſionem immediate heredes fieri poſſint, ut eſt in *l. 3. C. ad Sc. Orphit.* Ita Perezius ad *tit. C. de Sc. Orphit. n. 5.* Non fuerim alienus ab hac ſententia, quod per *d. l.* XI. noluerint Imperatores, acquiſitionem transmiſſionemque hereditatis ſine aditione ſtabilire; ſed mens eorum eſſe videtur, ut doceant, quod liberi parente ſuperſtite decedentes, non parentem, ſed liberos habeant ſucceſſores, nullo judicis officio implorando, ut docetur in *d. l. 3.* Verba *ipſo jure* facile contenta ſunt hac explicatione, cum quo hic confer *l. 1. ff. de curat. fur.* Ex ea tamen lege XI. natam eſſe praxin noſtram modo expoſitam, certo propius eſt, idemque colligit inde Faber *in Codic. lib. 6. tit. 22. def. 29. in fin.* ſed ultra liberos parentibus ſuccedentes, non memini quicquam in jure civili me legere, quod transmiſſionem hereditatis absque aditione vel pro herede geſtione probet, ideoque in cæteris valet, quod eſt in *l. 5. C. de jure delib. Potuit pupillus pro herede, tutore auctore, gerendo conſequi ſucceſſionem, ſed ipſius actus & voluntas ſunt neceſſaria; nam ſi quid neſciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere.*

14. De furioſo eſt ſpecialis conſtitutio in *l. ult. §. tali. 7. & ſeq. C. de Curat. fur.* recentior *d. lege XI. C. de ſuis & legit. hered.* in hanc ſententiam; ſi furioſus in furore diem ſuum finierit, hi venient ad ſucceſſionem, qui mortis tempore furioſi, propinquiores exiſtant ei, *ſi non in medio eſſet furioſus*, cujus idcirco aditio, vel acquiſitio nulla intelligitur eſſe; Et hæc eſt proprie dicta ſpecies, a Sandio in ſæpe laudata *deciſione tit. 8. lib. 4.* definita, licet rationes, quibus utitur, infantibus æque & exacte conveniant. Curia non finivit eam quæſtionem apud Sandium; ſed ipſe & alius ſenator, arbitri compromiſſo electi. Sed apud Gajum Nautam in deciſionibus MSS. reperio ſimilem ſpeciem contrario modo ab ipſa Curia definitam die *XXV. Martii 1645.* inter *Theodorum Fogelſang* cum ſociis, contra *Oricum a Doyem cum ſuis ſociis.* Res meretur, ut ſpeciem ſubducamus, præciſis, quæ nihil huc pertinent, circumſtantiis. *Dodonæa ab Ayſma* reliquerat tres liberos prioris, & duos poſterioris matrimonii; Ex illis unus *Renicus a Doyem* mente captus ſeu furioſus, in eo ſtatu brevi poſt matrem deceſſerat. Hujus partem nati ex eodem conjugio, tanquam fratris germani, ſibi vindicabant; poſteriores dicebant, ſe reſpectu matris æque propinquos eſſe, matriſque, non furioſi filii, propinquitatis rationem eſſe habendam, auctoritate Sandii, juribusque ſupra deductis nitebantur. Ad hæc Nauta, verbis e vernaculo verſis ſic ait; *Curia exiſtimans furioſum pro infante habendum, nec aditionem, vel immixtionem in eo requirendam, æquiparavit eum infanti ſtatim poſt matrem ſuam mortuo*, cum fuerit *ſuus, aut ad minimum ipſo jure heres.* Proinde pars furioſi fratribus atque ſororibus utrinque conjunctis adjudicata fuit. Quid reſpondendum ſit ad *d. ult. §. 8. C. de Curat. fur.* quæ eſt Juſtiniani & recentior cæteris legibus, quæ de liberis *ipſo jure* ſuccedentibus loquuntur, non ſuggerit Nauta. Sed procul dubio ſic viſum eſt *Dominis*, conſtitutionem *d. ult. §. 8.* accipiendam eſſe de furioſis, ſuccedentibus aliis quam ſuis parentibus; quemadmodum ſane de parentibus nihil in textu; verum de ſucceſſione furioſi ſimpliciter agitur. Acquieſcendum igitur in hoc videtur; ita receptum eſſe in Foro, ſecundum jus civile, vel tanquam exinde, liberos acquirere paternam maternamque hereditatem, ſine ullo facto, & ipſo jure, conſequenter etiam furioſos (de his primo) transmittere ſucceſſionem ad eos, qui ſunt ipſis proximi. Tu dices: Lex XI. quæ eſt fundus unicus huic ſententiæ, tantum agit de ſucceſſione ab inteſtato; de caſu teſtati nihil decretum; ergo in hac ſpecie, antiqua ſtandum regula. Reſponſio eſt; Rubricam eſſe quidem de ſucceſſione inteſtati, ſed verba textus ſunt generalia. Denique liberi, de quibus ſolis loquitur, ſemper etiam jus ab inteſtato ſuccedendi habent, etſi teſtamentum reperiatur factum. Ideoque ſanctio hujus loci, teſtamento condito, excludi non videtur. Verum, quod attinet ad hereditates, furioſis delatas a collateralibus, numquid in his idem ſtatuemus, an

vero

vero has non acquiri, neque tranſmitti dicemus, niſi per aditionem, vel pro herede geſtionem? vulgo equidem opinantur, furioſorum bona generaliter & promiſcue devolvi ad eos, qui ſunt ipſis proximi: Sed palam eſt, eam eſſe crudelitatem, nulla, ut puto, ratione, vel lege ſubnixam. Proinde in collateralibus valebit indubitata regula, quam habet *d. l. ult. §. 8. C. de Curat. fur.* acquiſitionem tranſmiſſionemque non fieri ſine heredis animo & voluntate; proinde, ſi cui recepta videatur diverſa conſuetudo, huic reponemus dictum, *l. 39. ff. de legibus:* Quod non *ratione introductum, ſed errore primum, deinde conſuetudine obtentum eſt, in aliis ſimilibus non obtinet.* Ergo & in hoc caſu; cum hereditas furioſo extra liberorum numerum delata eſt, qui nullum ſuæ voluntatis edidit ſignum, non dicemus, hereditatem ab illo acquiſitam eſſe, verum ſucceſſio devolvetur ad eos, qui proximi ſunt his, qui hereditatem illi reliquerunt, per *d. l. 5. C. de jur. delib.*

15. Sed de liberis habemus conſtitutionem memorabilem in *l. 18. C. de jur. delib.* Sunt vel infantes, vel majores infantia. Infantes habent Patrem, vel non habent. Pater adire poteſt hereditatem maternam, vel quamvis adventitiam, cum effectu tranſmiſſionis. Si non adierit, ac infans moriatur, etiam emancipatus; pater acquirit tamen hereditatem. Si pater non ſit, Tutor infantis aditione cum effectu tranſmiſſionis fungi poteſt. Si Tutor non ſit, vel is adire neglexerit, hereditas defertur ita, *quaſi ab initio non eſſet ad infantem delata.* Pupillus infantia major ipſe adire debet, alioqui non fit tranſmiſſio, deque illo videtur accipienda *l. 5. eod. tit. C. de jur. delib.* Hanc legem quo minus pro jure certo in foro noſtro habeamus, cauſam nullam video. Verum exinde tamen refellitur, liberos matri ipſo jure ſuccedere, cum effectu tranſmiſſionis, quod vulgo probatur ex *l. 11. C. de ſuis & legit. hered.* quæ eſt ab iisdem Impp. a quibus eſt hæcce *l. 18.*

16. Quemadmodum acquiſitio in extraneis fit per aditionem, in ſuis effectum habet per immixtionem; Ita amittitur Hereditas in extraneis *Repudiando,* in ſuis, non ipſa, ſed commoda & onera ejus removentur *Abſtinendo, h. §. ult.* Repudiatio fit exemplo aditionis, ut contrariorum ſolet eſſe eadem doctrina. Ab illis enim & eo tempore poteſt repudiari, quando & a quibus adiri poteſt Hereditas; nempe ab iis, qui certo ſciunt, ex teſtamento an ab inteſtato, pure an ſub conditione, neceſſarii an voluntarii ſint heredes, *l. 13. & ſeqq. h. l. 32. §. 1. & l. 76. de J. R.* Ex quibus liquet, aditionem aut repudiationem ab illis factam, qui eo modo certi non fuerant, pro non facta haberi, neque prodeſſe aut nocere auctoribus, quamvis in arbitrium collata ſit conditio. Denique nec is etiam, qui ſub conditione inſtitutus eſt, repudiare poteſt, *d. l. 13. in pr.*

17. Abſtinendi jus amittitur immixtione, Repudiandi pro herede geſtione, *l. 14. §. 8. releg.* Abſtentio inſuper aliquid ſurripiendo ex rebus hereditariis, *l. 71. §. 5. de Acquir. hered.* aut emendo per ſuppoſitam perſonam, *l. 91. eod.* ſed extraneus heres ſurripiendo tantum fit reus dupli, *l. 21. pr. eod.* De his aliquanto latius *ad ff.*

SCHOLIUM.

De duplo nihil extat in d. l. 21. *junge igitur §. 5.* Inſtit. de obl. q. ex del. naſc.

18. Poſtremo facilius perit abſtentio, quia filiusfam. ipſo jure eſt heres invitus & ignorans, *l. 1. §. 7. Si quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ideoque fundata præſumptio eſt in dubio, quod filiusfam. heres ſit, Sand. *l. 4. t. 9. def. 9.* Si tamen damnoſa ſit hereditas, non videtur habendus pro herede, niſi probetur ſe miſcuiſſe, *l. 12. d. t. de Acquir. hered.*

Tit. XX.

De Legatis.

Ratio methodi & definitio Legati. Diverſitas antiqua & unitas hodierna Legati in ſe & cum fideicommiſſo. Partitio. Non poſſe Legari rem extra commercium, poſſe rem alienam. Ut & propriam heredis, & pignoratam. Quid, ſi Legatarius rei dominus ſit factus, aut bis eadem res legata ſit, aut nudam rei proprietatem emerit, aut res mea mihi legata ſit. Quando Legatum alienatione rei tollatur. Doctrina conjunctionum. Jus accreſcendi. De Legato nominis, & Liberationis, & debiti Legati. Quid juris, ſi res legata pereat, vel aucta ſit. Legatum generis & optionis. Quibus perſonis Legari poſſit. Non obſtare nominis, demonſtrationis & cauſæ errorem. Subtilitates veterum tres emendatæ. De Actionibus ad petendum Legatum.

Digitized by Google

(a) NOn eſſe Juſtinianum methodi ſecurum, nec tamen ſuperſtitione ejus contra utilitatem diſcentium trahi velle, docet *princ. tit. de Legatis.* Cum enim Legatum ſit modus acquirendi particularis, ſtatim poſt titulum de donationibus ſubjici debuiſſet; at quia in teſtamentis Legata relinquuntur, aptius judicavit, primo loqui de teſtamentis. Nunc poſt ſucceſſionem e Teſtamento ſequi debebat ea, quæ ſecundum legem eſt; Prævaluit ratio, quod ultima voluntas textu continuo ſatius eſſet abſolvi. Definitur Legatum *§. 1. h. t. Donatio quædam a defuncto relicta ab herede præſtanda.* (Florentinus in *l. 116. de leg. 1.* clarius & diſtinctius, delibatio hereditatis, *qua teſtator ex eo, quod univerſum heredis foret, alicui quid collatum velit.*) Ἐμφατικῶς *quædam*, id eſt, proprii generis donatio; Nam cur proprie donatio non ſit, dictum *ſupra* ad *tit. de donat.* Dicitur a *defuncto relicta*, non *in teſtamento*, ut Modeſtinus in *l. 36. de leg. 2.* quia perinde & in codicillis legari poteſt, olim quidem teſtamento confirmatis, *l. 8. §. ult. l. ult. de Codic. §. 10. inf. I. de fideic. hered.* hodie poſt exæquata fideicommiſſis Legata, indiſtincte. Quin etiam ab inteſtato hodie poſſe legari, certum eſt, exemplo fideicommiſſorum, *d. §. 10.* Quod autem fieri (ſed raro) queat, ut ipſe Teſtator legatum vivis præſtet idemque maneat legatum, *l. 22. de leg. 2. & l. 11. C. de leg.* id definitioni, quæ ſingulis varietatibus accommodari nequit, nihil derogare poteſt. Verba ultima, *ab herede præſtanda*, ut a Theophilo aliiſque libris non agnoſcuntur, ita abeſſe quidem, ſed etiam ferri ſine noxa poſſunt, explicationis gratia: modo præſtationem more ſolito, de tranſlatione poſſeſſionis, vel ſolutione intelligamus: nam dominium ipſo jure, id eſt, immediata vi legis, a defuncto, cum morte ejus tranſit in legatarium, *l. 80. de leg. 2. & l. 64. de furtis.* Scilicet, proprie dictum & Naturale dominium, ut dictum, non ut Vinnius aliique, fictum; neque enim alia ratione Legati dominium poteſt haberi fictum, ac omnium eorum, quæ immediate a lege abſque traditione proficiſcuntur. Neque probatur ſecus ex *l. 3. & 5. Quando dies legat. ced.* Quid enim? an ut dies legati cederet a morte ſtatim, opus erat fictum introducere dominium? Cedere dies dicitur reſpectu actionis, quam lex facile abſque dominio præſtare poterat.

2. (b) Solennes legandi formulæ erant hæ; *Sumito, capito, habeto:* Id erat vindicationis. Legatum damnationis vocatur ita, *Heres dare damnas eſto;* Sinendi modo, *Heres ſinito.* Per præceptionem, *Ille ex parte heres præcipito.* Quibus formulis olim diverſæ legatorum ſpecies conſtabant, ut in *§. 2.* accurateque apud Theophilum legimus, & quarum ſingulis diverſi effectus tribuebantur: Sed hæ a Græcis Impp. quemadmodum reliquæ toto jure formæ ſolennes, ſublatæ ſunt, non quod hodieque ejusmodi verbis uti non liceat, ut ſane per præceptionem adhuc omni die legatur; Sed quia nihil refert, iſtis an aliis utare verbis; & quia Legatorum qualitercumque conceptorum una & ſimplex natura habetur; tametſi forte loca juris non deſint in Pandectis, quæ ſine diſtinctione inter vindicationem & damnationem, haud facile conciliari queant, ut vocabula diligentius quam momenta rerum quandoque deleta videantur, qua de re vid. Merill. *2. variant. ex Cuj. 10.* Differentia olim quoque inter legata & fideicommiſſa particularia late patebat, cujus ſumma erat, quod in legatis rigor juris, in fideicommiſſis favor voluntatis regnaret, *l. pen. de leg. 1.* vid. Cujac. *in parat. C. de fidej. & 3. obſ. 34. inf.* D. Wiſſenb. *2. Pand. Diſp. 1. th. 3.* Hodie Legata & fideicommiſſa per omnia ſunt adæquata, *l. 1. de leg. 1.* tam quod ad res, quam verba, *l. 2. C. Comm. de leg. & fid.* Quod ad res abſolute, quod ad verba non eo ſenſu, quaſi legata & fideicommiſſa non ſint amplius diverſa, neque termini diſtincti; utique enim, relicta verbis directis adhuc legata, verbis obliquis fideicommiſſa vocamus, *§. ult. I. de fideic. ſing.* unde & diverſis Rubricis etiamnum collocantur. Verum, ſive directis & imperativis utatur, ſive obliquis & precativis verbis Teſtator, effectus eſt idem; nihil refert, utrum Teſtator legatum an fideicommiſſum relinquat: atque ita verborum differentia ſublata dicitur; Quia nihil diverſi inferunt, non quia diverſa non ſunt. Hinc ſequitur, poſſe etiamnum Teſtatorem, ſi velit, differentiam realem ſtatuere inter id, quod verbis directis immediate cavet in teſtamento, atque ea, quæ obliquis fieri velle per heredem declarat, *§. pen. I. de ſing. fideic.*

DE REBUS, QUÆ LEGARI POSSUNT.

3. (c) His præcognitis, ſciendum, hujus tituli quatuor ſumma capita conſtitui poſſe, ſecundum

(a) *Poſ. 1. &c.* (b) *Poſ. 5. 6.* (c) *Poſ. 7. &c.*

dum quæ potius, quam juxta ſeriem §§. ordinis & memoriæ cauſa, res & contenta tractari poterunt. 1. De Rebus. 2. De perſonis, quibus legari poteſt. 3. De modo legandi, & 4. de jure petendi legatum. Ne ordinem quidem poſitionum heic ubique obſervare poterimus; quia neſcio quo pacto, accidit, ut in his prælectionibus ſatis diverſus inſtitueretur. Primo igitur docet Imp. quæ Res legari poſſint, *in §. 4. & ſeqq.* Et primo (d) quidem, rem talem eſſe oportet, quæ ſit in commercio, non modo generaliter, ſed reſpectu quoque Legatarii. Generaliter commercio exemptas eſſe conſtat, res ſacras, ſanctas, religioſas, publicas, ædibus junctas, *l. 41. 42. & 43. de leg. 1.* cujuſmodi ſimiliumque rerum, de quibus vide *l. 39. §. 8. & ſeqq. eod.* legata nullius momenti ſunt, ait textus *h. §. 3.* tanquam a furioſis relicta, *d. l. 39. §. 8.* adeo ut nec æſtimatio debeatur, *d. l. 39. §. ult.* Æque nulla ſunt, ſi legatarius ſolus commercium rei non habeat, *l. 49. §. 2. de leg. 2.* quod ſi is habeat, tametſi Teſtator aut heres non habeant, eorum incapacitas nihil obſtat, *ead. l. §. 4.* ut nec obſtat, ſi legatarius ad uſum rei ſit ineptus, *l. 114. §. 5. Legat. 1.* vel commercium quidem, ſed jus poſſidendi non habeat, *l. 40. de Leg. 1.* Quod autem in *l. 11. §. 16. leg. 3.* militiæ ſervo legatæ, quæ in ejus commercio non eſt, ſcribitur, deberi æſtimationem, id eo fit, quia in militia, legata cenſetur æſtimatio reditus, qui provenit ex militia tam armata quam palatina; uti & teſſeræ frumentariæ, cujus perinde jus proprie ſervo non competebat, *l. 49. §. 1. de Leg. 2.* vid. Sand. *lib. 4. tit. 4. defin. 4.* cum enim legari, vendi *militia* dicitur, non ipſum militandi munus vere aut quaſi-caſtrenſe; ſed commoda annonaria, & ſalaria illis annexa, quæ inde ſeparari poterant, intelliguntur: quemadmodum & teſſeræ frumentariæ, fuerunt ærea aut ferrea ſigla, opinor, quibus inſculpta erat certa quantitas frumenti, quod ex publico capere licebat; cujuſmodi aliquando a Cæſaribus ſparſa leguntur in vulgus.

4. (e) Poteſt etiam Teſtator, quod prima facie παράδοξον videtur, Rem alienam legare, *d. §. 4.* hoc ſenſu, ut heredi redemptionem ejus, ſi juſto pretio redimi queat, injungere cenſeatur, *l. 39. §. 7. de Leg. 1.* etenim nihil in præjudicium domini teſtamento alterius diſponi poſſe, verba XII. Tabb. *Ut rei ſuæ legaſſit*, ſatis indicant, *l. 120. de V. S.* Plane ſciendum eſt, ita poſſe rem alienam legari, quando conſtat, Teſtatorem ea fuiſſe opinione, quod res aliena ſit, eaque mente, ut ab herede redimeretur. Nam alioqui id genus Legati pugnare cum civili & ordinario more teſtandi, res ipſa loquitur. Ideo ſi Teſtator rem ſuam arbitratus, alienam legaverit, volunt leges, id inutile eſſe legatum, quia præſumitur Teſtator, ſi ſciviſſet alienam rem eſſe, non fuiſſe legaturus. Quæ ratio ſi quando ceſſet, conſentaneum eſt, valere quod relictum eſt. Atqui illa præſumptio ceſſare videtur, quando affectus Teſtatoris erga legatarium major eſt, quam inſolentia legandi rem alienam; Igitur proximis & conjunctis perſonis legatum rei alienæ indiſtincte debetur, ſeu ſciverit ſive ignoraverit, *l. 10. C. de Legat.* Pater enim filio, uxor viro aliquid legans, creditur tam valde id velle præſtari, ut, tametſi res aliena ſit, voluntas eadem manere videatur. Quod ſi dubitetur, utrum Teſtator ſciverit, an ſecus, rem eſſe alienam; placuit, non heredi, ſed legatario incumbere probationem; tam quia ſemper agenti probatio injungitur, quam quod præſumptio adverſus illum ſit, quia in dubio credibile eſt, eum, qui rem legavit, putaſſe rem ſuam eſſe, *h. §. 4. in fin. l. 21. de probat.* non eſt tamen utique neceſſarium proferre teſtes aut ſcripturam, quæ expreſſe loquantur, ſciviſſe Teſtatorem; Sed ex circumſtantiis & probabilibus argumentis conſtare videtur poſſe tantum, ut ab ipſo herede probatio contrarii expectanda ſit, ut in ſimili docet Celſus in *l. 12. de Probat.* Quid enim ſi Teſtator ipſe rem alienaſſe probetur? facti proprii ignoratio minime præſumenda eſt.

5. (f) Cæterum, proprias heredum res, indiſtincte legari poſſe, licet ſuas putaverit, a Papiniano reſponſum eſt, in *l. 67. §. 8. de Leg. 2.* quia ceſſat ibi ratio, quod teſtator non facile redimendis rebus alienis heredem onerare voluiſſe credatur. Accedit, quod heres ſimpliciter factum & voluntatem defuncti præſtare cogatur, *l. 149. de R. J. & l. 14. C. de R. V.* non ultra tamen quam pro ſua parte hereditaria, *d. l. 14 & l. 1. C. Si certum pet. l. 2. & l. 6. C. de hered. act.* Unde ſi plurium heredum unius rem Teſtator legaverit, coheredes ei ſuas portiones æſtimatas refundere debent; conſequenter, ſi unius coheredum rem Teſtator reliquis coheredibus reliquerit, non niſi ſuam illis partem præſtare cogitur, ut deciſum refert Sandius *l. 4. tit. 8. def. 4.* Nihilo plus di-

(d) *Poſ. 40. 41. 42.* (e) *Poſ. 31. 32.*

(f) *Poſ. 30.*

Digitized by Google

bii eſt in rebus a Teſtatore pignoratis. (g) Nam quo minus is, cui ſunt legatæ, dominium earum conſequatur, cum Teſtator earum plane dominus fuerit, nihil obſtare poteſt, *§. 5. h.* Quin etiam heres rem a creditore, ſolutione facta, redimere, & præſtare tenetur Legatario, ſaltem ſi hic probare poſſit, quod Teſtator conditionem pignoris non ignoraverit; Nam ſi hoc non conſtat, res qualis eſt, legata videtur, gaudetque Legatarius dominio rei; modo ipſe eam luat ac liberet: Niſi adhuc docere queat Legatarius, Teſtatorem ea fuiſſe mente, ut non minus ſibi legaret, quam ejus rei ab onere liberæ æſtimatio ferret, *d. §. 5. l. 6. de fideic.* Plane, ſi creditor pignus jam diſtraxerit, heres pretium ejus Legatario debet; niſi & aliud voluiſſe Teſtatorem oſtendat; cujus voluntas, ut ubique, ita & hic, utramque facit paginam, *d. §. 5. & d. l. 6.*

6. (h) Heres igitur rem alienam recte legatam a rei domino redimere debet, atque ita non modo poſſeſſionem, ſed & dominium præſtat, ſi quidem teſtator alienæ rei dominium facere alium ſine medio non potuit. Quod (i) ſi Legatarius Rei legatæ dominus ſit factus, antequam ab herede præſtaretur, merito recepta eſt diſtinctio, utrum ex cauſa oneroſa, an lucrativa, dominium ſit nactus; Si ex lucrativa, velut donatione, rem prius ſit adeptus, nihil ex teſtamento quod petat habet, propter regulam, duas lucrativas cauſas in eundem hominem & eandem rem concurrere non poſſe, *l. 17. de O. & A.* adde *l. 108. §. 4. de Legat. 1. l. 66. §. 1. de Legat. 2. & alibi.* Sin ex oneroſa, veluti emptione, permutatione, aut ſimili, aperto teſtamento pretium, quod ipſi abeſt, ab herede poteſt petere; Idemque procul dubio dicendum erit, ſi Teſtator rem alienam legaverit, quam is modo jam emerat, ſed cujus pretium nondum ſolverat. Id enim vel ab herede præſtandum, vel ſolutum a Legatario actione ex teſtamento recuperandum. Adeoque in effectu nihil refert, utrum alienam rem ponas emptam ante factum teſtamentum, neque dum ſolutam, vel poſt teſtamentum ante mortem Teſtatoris, vel denique poſt mortem, antequam ab herede fieret redemptio. Verba enim & rationes textuum, inter hos caſus nullam admittunt diſtinctionem, *§. 6. h. l. 34. §. 7. & l. 84. §. 5. Leg. 1.* ubi caſus paulo diverſus, ſed eadem eſt ratio; Proponitur enim Legatarius ab herede ipſo emiſſe rem legatam, & dicitur, ſi pretium non ſolverit, rem ſine pretio; quod ſi jam ſolverit, rem una cum pretio recuperaturus. Plura ad hanc rem, de quibus & *Scholiaſtes*, videbimus *ad ff.* Ab (k) eadem ratione pendet altera quæſtio in *d. §. 7.* An is, cui duobus teſtamentis eadem res legata fuit, ex utroque teſtamento fructu legati gaudere poſſit. Sane, ſi tam prudens aut felix fuerit, ut ex eo, quod prius apertum eſt, teſtamento, conſecutus ſit æſtimationem, tum ex ſequenti rem ipſam petere non prohibetur, quia verum eſt, rem eum non habere; At ſi res ſtatim ei tradita fuerit, jam penitus tranſactum, fruſtraque de pretio poſtea laborat, quia cum rem ſine onere nactus eſt, pretium ejus ſimiliter tenet, Nam valor ineſt rei, ut corpori dimenſio; ſed non contra, valori ineſt Res; toto genere differunt pretium, & id, quod pretio æſtimatur; Ita eſt in *l. 88. ff. de V. S.* Adde *l. 34. §. 2. de Leg. 1.* ubi id docet JCtus, ſemel rem, iterumque æſtimationem in ſpecie propoſita, exigi poſſe; Unde ſequitur, rem ipſam bis non poſſe peti. Quæ ita accipienda ſunt, ſi non modo diverſæ ſcripturæ, ſed diverſi quoque Teſtatores fuerint: Nam ſi ab eodem Teſtatore eadem res duabus ultimis voluntatibus relinquatur, non tam ſæpius legare teſtator, quam ſæpius loqui videtur, *l. 66. §. 5. de Leg. 2.* Idem in *l. 80. §. 1. de Legat. 1.* adeo ut ne quidem, ſi prius æſtimatio petita ſit, res deinde peti poſſit. Aliud eſt, ſi quantitas eadem, vel ſumma pecuniæ, bis ab eodem in diverſis ſcripturis legetur. Huic enim bis eadem ſumma præſtabitur. Nam qui acceptis centum aureis, petit adhuc centum, minime dici poteſt, rem eandem petere, quia corpora nummorum, etſi numerus ſit idem, diverſiſſima ſunt; Hoc ita, niſi heres probare poſſit, quod Teſtator non bis legatum, ſed prius duntaxat repetitum voluerit, *l. 12. de Probat.* Plane, ſi in uno Teſtamento quantitas una bis relinquatur, ea non plus, quam ſemel præſtabitur, niſi contraria Teſtatoris voluntas evidentiſſime approbetur, *d. l. 34. §. 3. de Leg. 1.*

7. (l) Vidimus, quid juris ſit, ſi rem alienam Legatam, antequam ſibi præſtetur, Legatarius totam acquiſiverit; dignum quæſitu eſt, quid eveniat, ſi quis fundum alienum ſibi legatum non totum emerit, ſed nudam ejus proprietatem duntaxat, uſufructu penes dominum manente, qui tamen mox finitus cum proprietate ſit conſolidatus, qui caſus tractatur in *§. 9.* Aper-

(g) *Poſ. 34.* (h) *Poſ. 33.* (i) *Poſ. 35.* (k) *Poſ. 37.* (l) *Poſ. 36.*

to enim

to enim teſtamento, res legata reperitur apud Legatarium, titulo, quod ád proprietatem, oneroſo, quod ad uſumfructum, lucrativo; Quæritur, an Legatarius fundum ſimpliciter, id eſt totam ejus æſtimationem, petere poſſit; Ratio dubitandi, quia uſumfructum lucrative tenet, unde non hujus, ſed ex ratione *§. 6.* dominii nudi pretium petere debeat: Juſtinianus reſpondet, actionem nihilominus recte de fundo ſimpliciter inſtitui. Nam ut nuda proprietas etiam eſt dominium, & proprietarius dominus, *l. 57. de Uſufr. & paſſim;* ita fundus quoque, uſufructu detracto, fundus eſt; proinde qui jus tantum ad proprietatem habet, non agit male, ſi fundum petat: Mentio uſusfructus omiſſa non magis nocet, quam ſi quis fundum petens, ſervitutis ei impoſitæ non meminiſſet; Uſusfructus enim, qui eſt ſervitus perſonalis, non pluris quam ſervitutes ruſticæ, vel urbanæ, hac parte æſtimatur, ut Imperator affirmat. Verum ut ſæpe actoris intentio Judicis officio temperatur, ita hic, poſtquam heres replicavit probavitque, uſumfructum ſine onere ad Legatarium perveniſſe, partes ſunt Judicis, æſtimationem inire, quanti ſit nuda proprietas ſubducto uſufructu, neque plus Legatario præſtari jubebit, quam proprietas ſola, priusquam ſecundo eventu uſusfructus afflueret, valere poterat, *d. §. 9. & l. 82. §. 2. de Leg. 1.* Hæc eſt perſpicua hujus verſiculi explicatio, quam & Theophilus expreſſit, alii reprehendunt.

8. (m) Sic igitur Legatum rei alienæ valet, tametſi ſæpius in pretii ſolutionem reſolvatur; non perinde legari poteſt Res propria Legatarii, quamvis ipſe per fideicommiſſum juberi poſſit, eam alteri ut præſtet, *§. 1. I. de ſingul. fideic.* ſed ſi Teſtator rem amico propriam ipſi leget, tametſi putet ſuam eſſe, Legatum ab initio nullum eſt, adeo ut non modo rem ipſam, (quod per naturam fieri nequit, ſcil. dominum fieri qui jam dominus eſt,) ſed ne pretium quidem petere poſſit, quia Legatum inutile eſt ac nullum, *§. 10. h. t.* Et quidem usque adeo nullum, ut ne valere quidem incipiat, poſtquam Legatarius eam ſeu ſciens, ſive ignorans alienaverit, *l. 42. §. 2. de Leg. 1.* tametſi tum is caſus exiſtat, qui exitum habere eo tempore poſſit, quo teſtamentum incipit habere effectum, ſcilicet mortis. At potentior Regula eſt, quæ Catoniana dicitur, a Catone, vel Catonibus JCtis, *§. 38. in fine l. 2. de O. J.* definiens, Legata quæ non valuiſſent, ſi tempore facti teſtamenti deceſſit Teſtator, ea non ſubſiſtere, quocunque tempore Teſtator decedat, *l. 1. de Reg. Caton.* ſive, quod ab initio inutile eſt, id tractu temporis non convaleſcere; niſi Legatum ſub hac conditione relictum ſit, *ſi Legatarius rem alienaverit*, *l. pen. eod.* Quæ ſi mens ſit Celſi in *d. l. 1. §. 2.* nempe, ſi fundus, qui ſcribendi teſtamenti tempore tuus eſt, tibi legatus eſt; *ſi eum, vivo Teſtatore alienaveris*, idque tu feceris, eo caſu fundum tibi deberi: jam nulla colliſio erit inter *d. l. 41. §. 2. & l. 1. §. 2.* Sed ſi illa verba in *l. 1.* ſi *eum vivo Teſtatore alienaverit.* non ſint Teſtatoris conditionem adjicientis; verum JCti factum proponentis, ea ſe prodit ἀντιλογία, quæ difficillimam explicationem recipit; quatenus adhuc apparet. Sequemur igitur, quod nos explicat ἀντινομίας agnoſcendæ neceſſitate, nec eſt improbabile, quod diximus.

9. Poſt multiplices de re aliena ſpecies; (n) Una ſupereſt in §. 12. quando res tempore facti teſtamenti fuit propria Teſtatoris, ſed mortuo eo, reperitur aliena, facta ab ipſomet alienatione; Equidem, ſi de animo conſtet, eum legatum adimere voluiſſe, nihil quod petat, habet legatarius. Ad hoc autem dijudicandum, diſtinctio recepta eſt, utrum voluntaria, an neceſſaria fuerit cauſa alienandi. Nam ſi, ut æri alieno pareret, vendiderit, aut in ſolutum rem dederit; pretium adhuc recte petetur, quia non creditur alienaſſe animum a legatario teſtator, ſed neceſſitati obſecutus; nihil liquido ab herede probetur, mutatam fuiſſe omnino voluntatem, *l. 11. §. 12. de leg. 3.* ſcilicet, quod cum poſſet ſe rebus aliis vendendis expedire, nullas tamen potius quam res legatas, ne gauderet legatarius, diſtraxerit. Si vero conſtet, alienandi rationem fuiſſe prorſus arbitrariam, haud dubia res eſt, quin animus adimendi ex ipſo facto ſufficienter eluceat, veluti in donatione, *l. 18. de adim. leg.* ſimilibusque, de quibus accipiendus textus in *l. 8. de leg. 1. l. 15. de Adim. leg. 1. l. & 3. de pecul. leg.* Quod ſi rem poſtea redemerit Teſtator, legatum ſemel extinctum non reviviſcit, niſi de nova voluntate conſtet, *l. 15. de adim. leg.* excepto, ut videtur, libertatis legato, *l. 58. de manum. teſt.*

10. (o) Pergamus agere de rebus, quæ legari ſolent. Tam, inquit Juſtinianus, res corpo-

(m) *Poſ. 38.*

(n) *Poſ. 5. tit. ſeq.*

(o) *Poſ. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14.*

rales

Digitized by Google

rales legari poſſunt, quam incorporales, in *§. 21. h. t.* (cujus ſententiam anticipabimus,) jura ſcilicet, ut ſervitutes, nomina, & actiones, item pignora, *l. 26. de pignor. act.* Nomen ſive actio legari dicitur tripliciter: I. Quando Teſtator id, quod ſibi a Tertio debetur, Secundo legat, *d. §. 21.* II. Quando Teſtator remittit legatario quod ipſe debet, quod eſt liberationis legatum, *§. 13. h.* III. Quando Teſtator legat ſuum debitum, quo ipſe legatario eſt obſtrictus, *§. 14. h. t.* Prima ſpecies dicitur proprie Nominis Legatum. Sic inquam Nomen legari dicitur, quando Teſtator id, quod ſibi debetur ab alio, Tertio legat, cujus hic eſt effectus, non ut jus obligationis immediate in legatarium tranſeat, (hoc enim perſonale penes heredem eſt, qui perſonam defuncti repræſentat,) ſed ut heres actionem adverſus debitorem hereditarium legatario cedat, *d. §. 21. l. 44. §. 6. & l. 75. §. 2. de leg. 1.* quanquam ad evitandas *ἀμβολιεργίας*, inſuper habita ceſſione directarum actionum, legatarius immediate utiles actiones contra debitorem inſtituere poteſt, *l. 18. C. de Legat.* Recte etiam quod legatarius ipſe debet, quanquam id in dominio habet, ei legatur, *§. 13. h. t.* quod *liberationis* legatum dicitur, quia non ipſæ pecuniæ debitæ relinquuntur; ſed vinculum obligationis, quo legatarius defuncto erat obſtrictus, remittitur; adeoque juris id legatum eſt, ut nulla ſit ratio dubitandi, num valeat hoc legatum, tametſi olim dubitatum videatur, ut innuit *l. 3. de liber. leg.* cui adde *l. 1. in pr.* Forma hujus legati eſt; vel, ut teſtator ſummam ſibi debitam leget, aut remittat, aut heredem damnet, ne petat, *l. 2. eod.* vel chirographum, aut obligationis inſtrumentum tradat, *l. 3. §. 1.* ſed redditio pignoris arguit remiſſionem oneris hypothecarii, non ipſius debiti, niſi voluntas teſtatoris appareat, cujus præſumptio favorabilis dicitur, *l. 1. §. 1. eod.* Effectus legati eſt, non ejusmodi liberatio, qualis per ſolutionem, vel acceptilationem contingit, ſed qui in eventu ſpectatur. Ipſo jure debitor manet obligatus, ſed ab herede conventus habet exceptionem doli, *l. 3. §. 2.* aut ultro heredem compellare poteſt, ut ſe per acceptilationem liberet, ipſo jure, *§. 3.* Poteſt etiam coarctari legatum, ut pro parte debitum remittatur, *l. 7. in pr.* vel in gratiam unius perſonæ, non heredum ejus, *l. 5. §. 3.* denique ad tempus duntaxat ne petatur, quod vere liberationis legatum non eſt, *d. l. 8. §. 1.* Cæterum, quia vinculum eſſe debet inter teſtatorem & legatarium, cujus reſpectu legatum eſſe dicatur, manifeſtum eſt, ſub liberatione ſimplici non contineri remiſſionem actionis in rem, ſed ad hanc opus eſſe, uti res ipſa legetur; hinc, ſi cui liberatio a rationibus reddundis legatur, ab eo reliqua pupilli pecunia nihilominus exigi poteſt, ut Scævola docet in *l. 28. §. 4. d. tit.* quæ res tamen non caret aliqua difficultate, cum propter *l. ult. §. 2. eod. tit.* tum per ea, quæ Scholiaſtes noſter obſervat ad *poſit. 11. h. t.* ſed reſervemus eam Pandectis *titulo parallelo.* Hoc addamus; quod Scholiaſtes etiam proſecutus eſt ad poſitionem hanc.

11. Quod ſi Teſtator ſit profeſſus, ſe alicui debere centum, quos ei non debet, eosque reſtitui juſſerit, centum peti poſſunt, non ut debitum, ſed ut fideicommiſſum, *l. 88. §. 10. de legat. 2.* utique, ſi teſtator animum legandi (α) habuerit, cujus probatio incumbet modo legatariis, *arg. l. 34. §. 3. eod.* (β) modo heredi, *l. 18. pr. de aur. & arg. leg.* prout huic aut illis favet præſumptio. (γ) Poteſt fieri, ut prorſus exigi nequeat, niſi legatarius probet vere ſibi deberi, *arg. l. 27. de probat.* (δ)

SCHOLIUM.

(α) *Potius dic, fideicommittendi. Si enim verba legandi adhibuerit teſtator, nullum dubium eſſe poteſt, quin legare voluerit. Si vero juſſerit debitum reſtitui Mævio, incertum eſt, an his verbis fideicommiſſum contineatur, an ſola conteſtatio heredis, ut debitum ſolvat.*

(β) *Sed hoc argumentum non admitto, tum quia Modeſtinus non loquitur de caſu, de quo theſis eſt formata, tum quod argumenta textuum contra textus expreſſos, qualis eſt textus* l. 18. pr. de auro & arg. leg. *nihil valent.*

(γ) *Sed mallem, ut oſtendiſſet Autor fundamentum præſumptionis, unde ex* l. 34. de Legat. 2. *argumentatus eſt, probationem incumbere legatariis.*

(δ) *In hac quidem lege circumſtantia, quod legatario non niſi ad certam ſummam legari poterat, facit aperte præſumptionem contra eum. Ergo dicerem, in caſu* d. l. 88. §. 10. *regulariter præſumptionem eſſe pro legatario, per* d. l. 88. in pr. *Exceptionem vero contineri* in d. l. 27.

RESPONSIO.

Non ſum alienus ab hac concluſione, quam & poſitio mea præfert, & fundata eſt d. l. 88. §. 10.

& d. l.

Digitized by Google

& d. l. 18. in pr. *pariter.* *Sed hoc non obſtat, quo minus ob alias præſumptiones a Legatario exigi probatio poſſit, ut ſane ſit* in d. l. 34. §. 3. *ubi teſtator nihil ſuarum rerum penes uxorem eſſe dixerat, eoque nomine eam inquietari vetuerat. Fundamentum præſumptionis eſſe poteſt in verbis minus validis, vim legandi aut fideicommittendi (inter hæc diſcrimen immerito captatur a Schol.) continentibus.*

N. ADDIT.

Bene, quod Autor non ſit alienus ab hac concluſione. An vero poſitio eandem ſententiam præferat, alii judicent. Textus l. 34. ad quæſtionem præſentem, ubi de verbis fideicommiſſi conſtat, plane non quadrat, quia illa verba nec legatum nec fideicommiſſum continent, ſed demum per conjecturam voluntatis eo trahuntur. Denique ſcio, quod fideicommiſſa & legata ſint exæquata, adeoque in ipſo genere differentiam non quæro. Interim hoc non obſtante, poteſt in ſpeciebus fideicommiſſorum & legatorum, ex ipſa vi verborum differentia in effectu remanere, uti ex Inſtitutionibus notum eſt, alium effectum eſſe intuitu Juris Patronatus, ſi libertas legata, vel per fideicommiſſum data ſit.

12. Extinguuntur legata liberationis & nominis, quoties debitum a vivo teſtatore exactum (*s*) eſt, *d. §. 21. h.* ſi ſponte ſolutum, conſideratur, an teſtator animum adimendi habuerit, *l. 11. §. 13. de legat. 3.* utique regulariter debito perempto, legatum tollitur, tanquam rei interitu, *l. 21. de liberat. leg.*

SCHOLIUM.

(*s*) *Si modo animo adimendi exegerit, qui non præſumitur, ſi neceſſitate urgente exegerit,* d. l. 11. §. 12. & 13. *Et ita limita* l. 21. de liber. leg. Quid ſi Teſtator cœperit agere ad repetendum debitum? Dicendum eſt, non revocatum cenſeri, *arg. l. 27. §. 3. de Inſtr. vel Inſtrum. leg.* juncta *d. l. 11. §. 12. & 13.*

Solutio vel peremptio debiti, quæ poſt mortem accidit, non tollit legatum, quia dies legati ſtatim a morte cedit, hoc eſt, peti poteſt, *l. 5. §. 1. Quand. d. leg. ced. l. un. §. 1. & 5. C. de Caduc. toll.* ſecus erat, cum dies cederet ab apertis tabulis, *l. 24. de liber. leg.*

13. (p) Equidem liberatio cum lucroſa ſit, quo minus merito legati titulum ferat, nihil erat ſcrupuli; verum, an teſtator quod ipſe debet, id creditori ſuo legare poſſit, difficilius quæri videbatur. Sed deciſum eſt, valere legatum, ſi plus ſit in legato quam in debito, ſecus non valere, *§. 14.* nimirum, ſi neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco debitum differatur, *l. 29. de Leg. 1.* Plus ineſſe videtur, ubi conditionale, vel in diem debitum legatur pure, *d. §. 14.* vel ſi debitor idemque teſtator exceptione tutus fuerit, (remiſſa enim tunc beneficio legati videtur,) aut cum id, quod actione prætoria debetur, legatum eſt, quia melior eſt actio civilis ex teſtamento, *l. 28. de leg. 1.* Quid ſi nihil debeat legatario teſtator? Quantitate non adjecta, conſtat, nullum eſſe legatum, *l. 75. §. 1. de leg. 1.* ſi quantitatem adjecerit, placet cauſæ defectum falſæ demonſtrationis inſtar haberi, ac utile eſſe legatum, *l. 25. ſub fin. de lib. leg.* Perinde ſi maritus uxori indotatæ dotem relegaverit, ſi quidem dixerit, quam rem aut ſummam dari vellet, utile eſt legatum; ſi dotem ſimpliciter deſignaverit, nihil ſcilicet eſt, quod petatur, *§. 15. h. t.* Alioqui valet ſane legatum dotis, etſi ab uxore etiam ſine ultimo viri elogio repeti potuiſſet, quoniam plenior eſt actio ex teſtamento, quam erat illa vetus rei uxoriæ; quippe, per hanc dos tribus demum penſionibus ſolvebatur; at legati perſecutio peremptoria eſt: hodieque, etſi penſionum intervallis abolitis, manet tamen præſtantia actionis teſtamentariæ præ dotali, quia ſecundum hanc maritus ad res mobiles, non niſi poſt annum reſtituendas tenetur, *l. un. §. 7. C. de rei ux. act.*

14. (q) Sed operæ pretium eſt ſcire, quid juris ſit, ubi res legatæ aliquo caſu deperditæ fuerint. Et quidem culpam certum eſt omnem ab herede præſtari, *l. 47. §. pen. de leg. 1.* quanquam ſolius legatarii hac parte utilitas vertatur. Etiam ubi culpa abeſt, ſi tamen facto heredis res deſierit ſalva eſſe, non eſt dubium, quin teneatur, licet *ἄνευ προαιρέσεως*, ignoranter rei perdendæ diſtrahendæve occaſionem dederit, *§. 16. h. t.* etenim omnimodo æquius eſt, factum cuique proprium, quam alii nocere alienum, *l. 25. §. 2. inf. ad SC. Treb.* ſi caſu mere fortuito, aut facto alieno res legata perierit, nulla mora ab herede facta, ratio monſtrat, legatarium, qui dominus eſt, ferre periculum & damnum rei ſuæ, *l. 36. §. ult. de leg. 1. l. 23. de V. O.* Culpæ æquiparatur heredis mora, poſt quam heres luere jacturam te-

(p) *Poſ. 15. 16. 17. 18.* (q) *Poſ. 27. 28. 29.*

Digitized by Google

netur, tametſi interitu naturali res perierit, qui apud ipſum quoque legatarium contigiſſet; potuit enim legatarius rem, ſi in tempore accepiſſet, vendere & effugere damnum, *d. l. 47. §. ult.* niſi plane conſtet, eum id non fuiſſe facturum, ſed fatali caſu rem etiam apud legatarium, etſi confeſtim tradidiſſet heres, opprimendam fuiſſe, per *l. 14. §. 1. in f. Depoſiti. & l. 15. §. ult. de R. V.* Si pro parte res interciderit, habemus regulam, id quod ſupereſt recte a legatario peti; toto enim legato, ſingulas ejus partes legatas eſſe intelligimus, quod exemplo gregis ad unum pecus redacti, declarat Juſtinianus in *§. 18. h. t.* quod ſecus in uſufructu eſſe, alio loco intelleximus. Sed eſt ita, ut diximus, ubi una res legata eſt; una autem cenſetur tribus modis, auctore Pomponio in *l. 30. pr. de uſucap.* Quædam enim res continentur uno ſpiritu, homo, tignum, lapis; quædam ex contingentibus, hoc eſt, pluribus inter ſe cohærentibus, ut ædificium, navis, armarium; alia ex diſtantibus conſtant uni nomini ſubjecta, ut populus, legio, grex, item familia, *l. 29. in fin. pr. de V. O.* chorus, *l. 79. in pr. de leg. 3.* eadem dici poſſunt unita, connexa, aggregata. Sed res principalis cum acceſſoria, ut ancilla cum ſuis natis, equa cum pullis, ſervus cum peculio, ordinarius & vicarius, fundus cum inſtrumento, & ſimilia, non rem unam, ſed plures conſtituunt, nec ſequuntur legatarium, niſi expreſſa, ut ſatis conſtat.

15. Scrupuli plus eſt, quando principalis res periit, an acceſſoria poſſit peti, de quo agit Juſtinianus in *§. 17.* Continetur hæc res certa regula, quam habet Gajus in *l. 2. de pecul. leg.* Nam, ait, quæ acceſſionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremptæ ſunt; quæ vero uſum per ſe habent *(nec acceſſoria ſunt,* addit Scholium *ad poſ. 35.)* extincta re principali, nihilominus adhuc peti poſſunt. Secundum hæc ancilla cum ſuis natis legata, mortuaque ancilla, nati nihilominus debentur, ut & vicarii ſervi, ſublatis ordinariis. Sed extincto ſervo, peculii pariter relicti legatum extinguitur, quia peculium abſque ſervo nullum; ſic penu legata & abſumpta, ne vaſa quidem debentur, *l. 2. & 4. de pen. leg.* Idem videtur, ſi equus cum ornamentis ſit legatus, equo ante teſtatorem (id ſemper intelligitur) mortuo, ornamenta, quæ ſine equo nullum habent uſum, peti vix poterunt. Illud ipſum affirmat Juſtinianus, quando fundus cum inſtrumento legatur, quod eſt verum; ſed quod idem ſcribit, obtinere in fundo inſtructo, in difficultatem impingit. Paulus enim in *l. 5. de inſtructo vel inſtrum. leg.* notat Labeonem, quod inter illa duo legata nihil intereſſe putaverit; *nam inter ea legata hoc intereſt*, ait, *quod ſi, fundo alienato, mortuus fuerit, qui ita legavit, ex hac ſcriptura fundum cum inſtrumento, nihil ſit legatum, in cæteris poterit inſtrumentum eſſe legatum.* Parum abeſt, quin Juſtinianus improbatam Labeonis ſententiam ſecutus videatur, ſed eſt diverſæ locus interpretationi: Fundi inſtructi legatum plenius eſt, quam fundi cum inſtrumento, quam ſententiam quotidie creſcere & invaleſcere, teſtatur Ulpianus in *l. 12. §. 27. de inſtr. vel inſtrum. leg.* ſcilicet, fundi inſtructi legatum continet omnia, quæ in prædio collocata ſunt, eo ut inſtructior eſſet paterfamilias, ut non tam agri inſtrumentum, quam proprium ſuum inſtrumentum, teſtator illis verbis reliquiſſe videatur, *d. §. 27.* Fundo igitur pereunte aut alienato, dicendum eſt, inſtrumentum fundi, id eſt ea, quæ fructus quærendi, cogendi, conſervandi gratia parata ſunt, & ſine quibus poſſeſſio exerceri nequit, (*l. 8. in pr. l. 12. in pr. d. tit.*) ſequi cauſam fundi, neque deberi, ex mente Juſtiniani in *d. §. 17.* ſed patrisfamilias inſtrumentum, quod ad perſonam ejus pertinet inſtruendam, hoc, cum non ſit acceſſio neceſſaria fundi, nihilominus recte peti videtur, juxta Paulum in *d. §. 27.*

16. Cæterum, quod ſupra diximus, ancilla mortua, natorum non extingui legatum, id in brutis animantibus Joannes Faber & Aretinus & cultiſſimus Balduinus ad *hunc §.* aliter ſe habere interpretantur, cum, quia fœtus humani duntaxat mentio ſit, tum quia ratio diſcrepet: Nam quod nati pueri matris acceſſio non habeantur, *facit dignitas*, ait Bald. *humana natura, quæ cum nulla ſit in brutis, rectius in illis poteſt acceſſionis loco haberi, ut legata ſcropha cum ſuculis, non debeantur ſuculi ſine matre.* Atqui non hanc petitam a dignitate rationem reddunt JCti, cum, ancilla mortua, partum ſupereſſe volunt petendum, ſed, *quia duo legata ſunt ſeparata*, inquit Ulpianus in *l. 3. de pecul. leg.* atqui & in brutis genitrix cum fœtu pridem edito, diverſa legata intelligenda ſunt: etſi enim fœtus, dum naſcitur, jure acceſſionis ſequatur ventrem, quia pars ejus fuit, nuſquam tamen legimus, fœtum ab utero ſeparatum, reſpectu quæſtionis poſtea ſupervenientis, denuo acceſſionis jure cenſeri, quod alias explicavimus. Quod acceſſio erit, debet

bet eſſe vel pars rei, vel propter rem aliam eſſe comparatum, quorum neutrum de fœtibus beſtiarum, ratione parentum affirmari poteſt, niſi tempore legati relicti fœtus adhuc in ventre ſiti fuerint.

17. Cæterum hæc omnia de legato, intercidente vivo teſtatore, intelligenda ſunt. Nam ſi poſt mortem ejus res pereat, quicquid de re ſupereſt, ſeu pars rei principalis ſive acceſſorium, id ſine dubio recte petitur, *l. 12. de pecul. leg.* niſi quod de ſervo veſtito Celſus tradit, cum eo ſecus comparatum eſſe, *l. 13. eod.* forte quod veſtis legata non cenſeatur, verum ſervus duntaxat, etſi veſtis ei cohæreat; nam etiam depoſito ſervo veſtito, veſtis depoſita non intelligitur, *l. 1. §. 5. depoſiti.* ubi cum idem de equo & capiſtro ſtatuatur, tentari poteſt, equo frenato legato mortuoque, licet poſt teſtatorem, frenum non deberi. Quod autem mortuo bove, qui legatus eſt, neque corium neque carnem deberi, Paulus ait in *l. 49. pr. leg. 2.* non video, quare de morte poſt teſtatorem ſit accipiendum, ut putat Balduinus, & carpit eo nomine Paulum Autumnus in *cenſura jur. Rom. ad l. 49.* potius ſub regula communi id comprehenderemus, quod ex re noſtra ſupereſt, id eſſe noſtrum, ejusque nos vindicandi jus habere, *l. 49. §. 1. de R. V.* Sed bovem oportet intelligi vivo teſtatore mortuum; tum caro & corium non debentur, quia res legata, quæ bos fuit, extincta eſt, ſicut rei interitu perit legatum. Quemadmodum autem interitu partis legatum minuitur, ita ratio dictat, augmentum rei, legato accedens, augere jus legatarii, (r) ut Imperator declarat exemplo gregis, aucti ovibus poſt conditum teſtamentum, in *d. §. 18.* nec non ædium, quibus columnæ & marmora deinde adjecta ſunt, *§. 19.* ſed in augmento peculii legati (s) diſtinguitur, utrum ipſi manumiſſo ſit legatum peculium, an extraneo: ſi ſervo, tum quod jacente hereditate acceſſit, (nam quod vivo teſtatore adjectum eſt, ſine diſcrimine cedit legato.) debetur legatario, quoniam dies libertatis legatæ cedit ab adita demum hereditate, *l. 7. inf. & l. ſequ. Quand. di. leg. ced.* quicquid autem tempore diei cedentis in legato reperitur, id legatarius acquirit, *l. 8. §. ult. de pecul. leg.* ſed cum extraneo peculium legatur, tum dies legati cedit, quemadmodum ſemper in puris legatis cedere ſolet, a morte teſtatoris confeſtim, *l. 2. cum 3. ſeqq. Quand. dies leg. ced.* ideoque augmentum poſt obitum teſtatoris accedens tum, cum dies cedit, in legato non reperietur; niſi ex ipſis peculii rebus confectum, id enim ſemper peculii eſſe judicatur, juxta *§. 20. h. t.* Nimirum ejusmodi intelligimus augmenta ſequi legatum, quæ rebus ipſis cohæreant & partem illarum faciant, non, quæ ſint ejusdem duntaxat generis: nam ſi teſtator omne ſuum aurum & argentum, omnem ſuam veſtem leget, traditum eſt, eas tantum veſtes, id auri argentique deberi, quod fuit tempore conditi teſtamenti, non quod poſtea comparatum, *l. 7. de aur. & arg.* niſi alia voluntas appareat.

18. (t) Poſtremum, quod de rebus legatis tractat Imperator, id eſt de legato generis atque optionis, in *§. 22. & 23. h. t.* Genus a JCtis paſſim uſurpatur pro eo, quod plura individua continet, id quod Logici ſpeciem vocant; noſtri autem vocare ſpeciem ſolent, rem certam & in numero definitam. Inde quid ſit Legatum generis intelligitur, quando id, quod relinquitur, ſub communi nomine res plures appellationi iſti ſubjectas comprehendit; debet autem ejusmodi eſſe genus, quod individua immediate ſub ſeſe habeat, genus infimum, quod redigi non poſſit ad rem viliſſimam. Nam ſi animal aut beſtia legetur, quia nomen hoc rebus minimis congruit, ridiculum potius quam utile erit legatum. Nequidem fundi legatum ſatis commodum eſt; ſingula enim prata, ſingulæ vineæ, ſinguli horti, ſingula oliveta, pomaria, ſalicta, arbuſta, paſcua, nemora, aucupatoria, venatoria, piſcatoria loca, fundi omnes appellari poſſunt, ut docet Valla *l. 6. eleg. 41.* atque adeo *quælibet portio fundi poterit fundus dici*, ſcribit Ulpianus in *l. 60. de V. S.* quin & Papinianus, *fundo non demonſtrato*, *nullum* ait *eſſe legatum*, in *l. 69. §. 4. de jur. dot.* quanquam ſi teſtator habens plura prædia pluresque fundos, legaverit ſimpliciter fundum, utique ex iis unum deberi legatario, admodum civile dictu eſt, de quo vide D. Vinnium ad *hunc §.* Supponendum præterea eſt, generis, quod reliquit, copiam eſſe in hereditate, *nam ſi domus ſit legata*, *neque teſtator ullas ædes reliquerit*, *magis deriſorium eſt quam utile legatum*, habetur *in l. 71. pr. de leg. 1.* Nam ut heredem oneratum credamus ad domum legatarjo aliunde comparandam, id a jure abhorrere videtur. Neque enim rei alienæ legatum, quod ſic ſatis eſt anomalum, ultra terminos legibus poſitos facile producendum eſt;

(r) *Poſ. 15. 16.* (s) *Poſ. 16.* (t) *Poſ. 20. 21. 22. 23. 24.*

Digitized by Google

quanquam neque illud incivile foret, ſi diceremus, domo legata a teſtatore, qui nullam habet, heredem pro viribus hereditariis & conditione legatarii juſtam ei præſtare æſtimationem debere, de quo rurſus adi Vinnium, quem hactenus audi, ut nec rigide nimis Legum verbis inſiſtas, nec facile ab earum ſententia recedas. Poſſe fieri, ut generis legatum, etſi nulla ſpecies in hereditate ſit, debeatur, concedamus, ſed regulam eſſe, *non deberi.* omnino teneamus; Prudentiæ judicis in talibus aliquid eſſe largiendum, ſed parce ſobrieque, uſu didicimus. Exemplum ſi velis; Juveni ad rem equeſtrem animum adjicienti, legatus eſt equus ab amita cum equitis inſtrumento, quorum nihil erat in hereditate. Deberi tamen, reſpondere non dubitavi, cum eſſet generis legatum.

19. Sed multum intereſt, utrum genus ſimpliciter, an electio libera ex omnibus ſub genere ſpeciebus relinquatur, quod legatum optionis appellatur, a quo an diſcrepet legatum generis, cum libero arbitrio eligendi quamcunque ſpeciem voluerit, ut vult Vinnius ad *d. §. 24. in fin. pr.* haud facile dixerim. Utique enim & in hoc, quemadmodum in optione, legatarii electio liberrima eſſe videtur, ut quam velit, optimam quoque ſpeciem, capere poſſit legatarius, *l. 2. §. 1. de opt. vel elect. leg.* quod ſi in plurali numero ſcyphorum electio ſit data, quamvis alioqui terminus pluralis duorum numero contentus eſt, plenius tamen ultimas voluntates interpretamur, ut trium facultas ſit eligendorum, *l. 1. d. tit.* ſemel autem facta electio, mutari pœnitentia non poteſt, *l. 20.* niſi facta ſit ante aditam hereditatem, *l. 16.* aut ſpeciebus non omnibus exhibitis, *l. 4. eod.* aut ſi rem alienam, vel quæ non eſt in commercio, optaverit, *l. 2. §. 2.* Olim hoc legatum morte legatarii ante electionem, extinguebatur, hodie ad heredem transmittitur & purum habetur, *§. 23. h. t.* In ſimplici legato generali eſt etiam, ut dictum, electio legatarii, *l. 20. & l. 108. §. 2. de leg. 1.* adeo, ut ſi quam ex ſpeciebus repudiaverit, adhuc eandem eligere poſſit, *l. 18. d. tit.* ſed non eſt tam abſolute libera, ſi quidem ex ſpeciebus optimam legere ei non conceditur, neque ad peſſimum accipiendum tenetur, *l. 37. pr. de leg. 1.* hoc ita, ſi non apparet, teſtatorem habuiſſe in animo certam ſpeciem legatario præſtandam; nam ſi id liqueat, & tamen non conſtat quæ ſit illa ſpecies, electio eſt heredis, *d. l. 37. §. 1. & l. 32. §. eod.* ubi verba, *quam elegerit, debet præſtare*, aliqui ad legatarium, ad heredem alii referenda putant; ſimplex reſolutio eſt, *heres debet præſtare quam elegerit.* eſt continuatio ejusdem perſonæ. Quod disjunctive relictum, aut hoc, aut illud, ſimile eſt optionis legato, *l. 34. §. pen. de leg. 1. l. 23. de Legat. 2. & l. 19. de opt. leg.* eodem adhibito diſcrimine, quod ſupra collocatum, utrum per damnationis modum, an vindicationis relinquatur, quod hac in parte non poteſt videri ſublatum, quia perſpicuum exprimit indicium voluntatis defuncti; ſi enim dixerit, *heres meus damnas eſto dare hoc aut illud, vel jubeo heredem meum dare hoc aut illud,* ſatis evidenter dationis ab herede fieri vult initium, idque non obſcure colligitur ex *l. 45. §. 1. de leg. 1.* ſed clarius ex *l. 43. §. ult. de leg. 2.* Longe diverſa mens teſtantis liquet in verbis, *Titius hoc aut illud capito, habeto.*

SCHOLIUM.

Sed neſcio, an numerus 5. hic, *iſtam reſponſionem Autoris admittat. Mihi ita videtur: Africanus in* l. 108. §. 2. de leg. 1. *innuit, olim de hac quaeſtione dubium fuiſſe, ipſe vero pro legatario definit. Contra Ulpianus* l. 32. & 37. §. 1. eod. *videtur ſtare ab eorum partibus, qui electionem heredi tribuunt. Pomponium quod attinet, ad ejus forte mentem quadrabit diſtinctio inter legatum vindicationis & damnationis, ſi de eo velis intelligere* l. 20 de leg. 1. *de hoc autem* l. 45. §. 1. eod. & l. 43. §. ult. de leg. 2. *Cæterum Tribonianus in* §. 22. Inſtit. h. t. *amplexus eſt Africani ſententiam.*

RESPONSIO.

In d. poſ. 5. ſcriptum eſt, diſtinctionem inter Legata damnationis & vindicationis eſſe ſublatam. Id vero ita accipiendum eſt, ut naturalis diverſitas ſenſus, quæ cum verbis variat, nunquam ſublata videri poſſit: hoc ſi teneas, argumentum poſitionis 5. *nihil vetat uti reſponſione, quam collocavimus: Scholiaſtæ explicatio antinomiam ponit in conſpicuo, quam Lectoris arbitrio committimus.*

N. ADDIT.

In priori aſſerto Autoris cum ipſo conſentio, unde dubitanter locutus ſum in Scholio, adhibendo vocem neſcio. *Sed antinomiam ſubeſſe, vel ideo ſibi Lector eo citius perſuadebit, quod Autor ejus mentionem tam patienter ferat, qui alias ad tales ſententias de antinomiis non ſine indignatione reſpondere ſolet.*

Deni-

Digitized by Google

Denique res, quæ non ſunt, ut animalia mortua, (*) nec eſſe queunt in rerum natura, nullo modo legari poſſunt; ſecus, ſi jam quidem non extent, futuræ tamen ſint, *§. 7. h.*

SCHOLIUM.

(*) *Id eſt* animalia, quæ mortua ſunt, ſed quæ vivere credebat teſtator, *arg. §. 1. Inſtit. de Inut. ſtip. Nam animalia mortua, ſi ut mortua fuerint legata, cur non ſint præſtanda, cauſam non video. Aliud, ſi cadaver hominis legatum fuerit, quoniam hoc eſt res religioſa & extra commercium.*

DE PERSONIS, QUIBUS POTEST LEGARI.

20. (u) Tranſeundum eſt cum Imperatore ad perſonas, quibus legata relinqui poſſunt. Legari autem illis ſolum poteſt, cum quibus teſtamenti factio eſt paſſiva; ut intelligantur, qui heredes inſtitui poſſunt, tametſi jus faciendi teſtamenti non habeant, *§. 24. h. t.* Sed olim perſonis incertis legata relinqui non poterant. Dicuntur autem incertæ, quas teſtator confuſa opinione animo ſuo ſubjecit, *περὶ ȣ̄ ἐρωτώμενος τεϛάτωρ ȣ̓δὲν σαφὲς εἰπεῖν δύναται, de quo interrogatus nihil certi dicere poteſt teſtator*, ait Theophilus; veluti, quicunque filiam meam duxerit in uxorem; quicunque poſt mortem meam primus conſul ſit factus. His ideo nihil in teſtamento relinqui poterat, quia *certum debet eſſe teſtantis conſilium*, inquit Ulpianus *in tit. 22.* Legata ſcilicet, teſtandi affectus cauſa relinquuntur, qui non poteſt habere locum adverſus eum, quem teſtator penitus ignorat. Poteſt Vatinius, poteſt Catilina prælatus Catoni, aut Ciceroni, Conſul fieri, cui ex illa verborum generalitate honos legati deberetur; ſic & filia teſtatoris poteſt nubere moribus aut genere indigno, ut legata tam imprudenter concepta adeoque præpoſteris eventibus obnoxia vim obtineant, dementiæ proximum videbatur. Quia tamen odioſa res eſt, cohibere voluntates teſtantium, ideo ſi non prorſus vaga & diffuſa incertitudo eſſet, legata facile etiam a veteribus ſuſtinebantur. Primo enim perſonæ incertæ legatorum erant capaces, ſi ſub numero plurium certarum perſonarum continerentur, cujusmodi exemplum a Juſtiniano profertur, *ex cognatis meis, qui nunc ſunt, ſi quis filiam meam duxerit, ei heres meus illam rem dato.* quod ſi additum non eſſet, *qui nunc ſunt*, evanidum foret legatum, quia non reperiret intentio teſtatoris ullum habile objectum, *d. §. 25.* Si etiam vivo teſtatore incertitudo ad certitudinem redigatur, peti poteſt quod relictum eſt, uti cum dixit teſtator, *Illis, qui teſtamentum meum obſignaverint, heres meus decem dato, l. 14. de reb. dub.* Summa quoque ratio exceptionis eſt, ſi quis remunerandi inſignis beneficii cauſa incertæ perſonæ aliquid præſtari juſſerit, hoc eſſe adimplendum, ne ſuperſtitione præceptorum juris, contra naturam humanitatis trahamur, illiusque rei exemplum eſt in *l. 5. de reb. dub.* ubi teſtator reliquit aureos tot ei, qui reſtitutionem ſibi a relegatione ab Imperatore impetraſſet, ſive is foret unus ex heredibus, *ſive quis aliorum.* Quæ verba ſatis refellunt eorum reſponſionem, qui incertitudinem in illo textu eſſe ajunt non abſolutam, ſed ex certis perſonis incertas fuiſſe deſignatas. Fuit hæc ipſa ratio, quare poſthumo alieno, qui in poteſtate teſtatoris non erat naſciturus, legari non potuerit, conſequenter nec heres inſtitui, *§. 26. h. t.* quoniam perſona erat omnino incerta; ſi quidem conſtare non poterat, mas an femina, ater an albus, imo an unquam homo eſſet futurus. Suus autem poſthumus, qui cum naſceretur, in poteſtate teſtatoris erat futurus, ideo heres inſtituendus erat, ne teſtamentum rumperet agnaſcendo; ſed & alienus inſtitui jam olim poterat, ut legimus in *§. 28. h. t.* jure videlicet prætorio, quia cum naſcebatur, conſequi poterat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, *princ. Inſt. de bonor. poſſ.* de quo articulo videatur D. Vinnius *ad d. §.* Verum ſubjicit Juſtinianus, *hanc ſpeciem a ſe eſſe emendatam, §. 27. h.* laudata conſtitutione ſua, quæ hodie non invenitur; ideoque dubium eſſe poterat, utrum emendatio tantum ad noviſſimam ſpeciem de poſthumis, an vero ad priora de perſonis incertis pertineret. Sed Theophilus adſeverate, ad utrumque caput refert emendationem, *ἅπαν τȣ̃το*, inquit, *τὸ τῶν ἰγκέρτων παραδόξως διώρθωσεν.* In ſua editione diſtinguit noſter Viglius, hoc ſenſu, *Totum hoc de incertis paradoxe inſtitutum emendavit*; haud male; ſed tum *παράδοξον* ſcribendum videbitur; at ſubintelligi poteſt *παραδόξως* (*κείμενον.*) Nam fuit hoc revera *παράδοξον*, voluntatem teſtatoris non impleri,

(u) *Poſ. 43. 44. 45. 46.*

quando ex eventu conſtabat, in quem liberalitas teſtatoris redundare deberet. Quidni enim valeat legatum tale? Quicunque ex meis popularibus oratione publica mihi parentavit, qui funeris mei dux erit, huic decem dari volo. Recte hodie quælibet diſpoſitio teſtatoris non turpis aut impoſſibilis, parendi neceſſitatem heredibus imponit. Quin & ipſum jus antiquum nullam ſubeſſe veteri inſtituto rationem naturalem, ſatis eo demonſtravit; quod, ſi per errorem ſolutum eſſet legatum perſonæ incertæ, repetitionem ſive indebiti condictionem negarent, ut Juſtinianus ſcribit in *d. §. 25.* Erat etiam hoc effugium ad evitandam ſcrupuloſitatem juris antiqui, ut heredi per modum conditionis implendæ aliquid perſonæ incertæ ſolvendum injungeretur, veluti, Titius heres eſto, ſi fundum Cornelianum dederit ei, qui ſororem meam in uxorem duxerit: nam quod conditionis implendæ cauſa dandum eſt, illud certis atque incertis perſonis relinqui poſſe, & dari debere, Paulus reſpondit in *l. 4. de reb. dub.*

21. (w) Denique, ad hunc articulum de perſonis pertinet, quod eſt in *§. 32. & 33.* ſervo heredis pure inutiliter legari, at ſervo herede inſtituto, legatum domino *ejus ſimpliciter poſſe relinqui. Ratio diverſitatis, quia cum ſervo heredis* pure legatur, acquiſitio hereditatis atque legati in idem tempus incideret, quod fieri nequit; cum nemo ſimul heres & legatarius eſſe poſſit ſecundum idem. Sed cum ſervus heres, dominus autem legatarius eſt, utrumque non fit eodem tempore. Nam legatum ipſo jure poſt mortem teſtatoris immediate acquiritur, hereditas demum per ſervum tunc, ubi dominus juſſerit, *d. §. 33.* Poſtea videlicet, ubi juſſu domini ſervus hereditatem adierit, legatum terminos habiles amittit, idque tum ſponte nullum fieri intelligitur, ut ibidem Juſtinianus.

DE JURE ACCRESCENDI.

22. (x) Sed revertendum ad §. 8. Juſtiniani, ubi de jure *Accreſcendi*, quem locum prætervecti ſumus, ut de Rebus legandis continuaremus: pertinet ad hunc articulum de perſonis. Sæpe fit, ut Teſtator rem unam diverſis leget perſonis, idque ſeparatim, vel conjunctim. Separatim eadem res legari dicitur, quando partes realiter diſtinguuntur, aut pluribus eadem res in ſolidum relinquitur. Quod fit, cum aut diverſis heredibus præſtatio injungitur, aut alioqui mens teſtatoris legatum duplicari volentis indubitato elucet. Partes diſtinctas intelligimus, quando vel localis diſcretio eſt, ut *Titio partem quæ flumini; Cajo partem quæ viæ proxima eſt;* vel etiam partes ſimpliciter, at diverſis commatis exprimuntur, velut *partem fundi Titio, partem alteram Cajo.* Hoc eſt, quod Ulpianus in *l. 1. de uſufr. accreſc.* legare *ſeparatim*, ait, *eſſe, cum unicunque pars rei ſit relicta.* Quod ſi uno verborum contextu duobus eadem res pro partibus legetur, ſeparati legatarii non intelliguntur, uti mox videbimus. Tertia ſeparationis eſt ſpecies, cum diverſi heredes rem unam diverſis legatariis præſtare jubentur, ut; *Titius heres eſto, iſque fundum Cornelianum Mævio dato: Cajus heres eſto, fundum Cornelianum Sempronio dato.* Quamvis enim hi duo in rem eandem vocentur, diverſitas tamen heredum & præſtationum aperte conjunctionem reſpuit, *l. pen. eod. tit.* Ad priorem ſpeciem pertinere videtur, ſi proprietas, deducto uſufructu, uni, & uſusfructus ejusdem rei, vel pars ejus, alteri legetur, *l. 6. §. 1. eod.* Verum, ſi fundus ſimpliciter uni, uſusfructus alteri ſit relictus, hi duo in uſufructu conjungi cenſentur, *l. 3. §. ult. eod.* Conjunctio traditur in Jure triplex; Prima, quæ *Re ac verbis* fit, altera *verbis tantum*, denique *Re tantum.* Re verbisque ſimul conjuncti ſunt, qui in eandem rem, indiſtinctis partibus, unoque orationis complexu vocantur, velut *Titio & Sejo fundum Tuſculanum do lego*, vel *Titio cum Sejo, l. 36. §. 2. de Leg. 1.* aut etiam collective fratribus meis, nepotibus meis, *l. 13. in pr. l. 59. §. 2. de Hered. inſtit.*

SCHOLIUM.

Hoc tamen caſu, ſi unus ex fratribus ante mortem teſtatoris moriatur, non obſtante, quod fratres & nepotes hic videantur verbis & re ſimul conjuncti, portionem ejus ſolis fratribus reliquis accreſcere puto, argumento l. 13. in pr. *junct.* d. l. 59. §. 2. de hered. inſtitut. *& ad rationem objectam reſpondeo, vinculum unionis fortius eſſe hoc caſu vinculo conjunctionis.*

RESPONSIO.

Nec aliud a me cogitatum eſt. Hæc verba fratribus meis, nepotibus meis, *tanquam exempla ſeparata poſui, ut fratres inter ſe, nepotes inter ſe, non fratres ac nepotes ſimul conjuncti intelligerentur. Bene tamen id heic ita motum eſt, expoſitionis ut cauſa latioris daretur.*

(w) *Poſ. 47.* (x) *Poſ. 48. & ſeqq. ad 66.*

Deia

Dein *Verbis* tantum, cum eadem quidem oratione, diverſi in rem unam, ſed pro partibus vocantur, ſimplicibus tamen, non realiter diſtinctis, *Titio & Sejo fundum Æmilianum do lego ex æquis partibus.* *Re* tantum, quando re ipſa quidem ad rem eandem, diverſis tamen orationibus vocantur, quo reſpectu *disjunctos* aliquando appellari videmus, *§. 8. h. l. 1. §. 3. de uſufr. accreſc. & l. un. §. 11. C. de cad. toll.* De his tribus formulis vide *l. 142. de V. S. & l. 89. de leg. 3.*

23. Porro ſciendum, diſcrimen inter relicta ſeparatim vel conjunctim, nobile & eximium eſſe; Nam eorum, quibus ſeparatim res relinquuntur, partes deficientes, apud eos, a quibus erant præſtandæ, manent, *d. l. un. §. 4. & 8. C. de Cad. toll.* At quæ conjunctim leguntur, ea ſi deficiant, collegatario conjuncto acquiruntur, *d. l. un. §. 11.* Deficere autem legata tribus modis ſciendum eſt; primo, quæ inde ab initio non valent, dicunturque *pro non ſcriptis* haberi; tum quæ vivo teſtatore per mortem eorum, quibus relicta erant, aut conditionis, aliusve defectum, *in cauſam caduci* incidebant. Tertio, quæ poſt obitum teſtatoris ex ſimili defectu, aut repudiando intercidebant, eaque ſola veteres caduca appellabant, *d. l. un. §. 2.* ſed morte legatarii hodie caduca poſt obitum teſtatoris non conſtituuntur, quia non, ut olim, dies cedit ab apertis tabulis, ſed a morte confeſtim, *d. l. un. §. 1.* tralatitium autem eſt, legatarium poſt diem cedentem mortuum, transmittere ſuum jus ad proprios heredes, *l. 5. in pr. Quand. dies legat. cedat.* Quocunque igitur modo conjunctorum unus deficiat, ſive ab origine, ſive ante, ſeu poſt extinctum teſtatorem repudiando, pars ejus alteri advolvitur, jure *Accreſcendi*, quo forte vix aliud ſubtilius in arte noſtra traditur. Fundamentum ejus eſt præſumpta voluntas defuncti, qui deficientem partem creditur ad eum potius, cui rem eandem legavit, quam ad alium quemquam, vel ad heredem, a quo rem legavit, velle devolvi.

24. Definiri poteſt, Jus, *quo pars deficientis conjuncto acquiritur*, legatario, vel heredi; quippe in utriſque locum & uſum habet. Cujacius in *parat. de Uſufr. accreſc.* eſt Jus, inquit, *nanciſcendæ* aut *retinendæ partis ejus, qui non concurrit, vel concurrere deſiit.* Verba *nanciſcendæ*, aut *retinendæ*, ad duplex jus, quod aliqui inculcant, reſpiciunt, nempe aliud eſſe Accreſcendi, aliud jus non decreſcendi. Illud in reliquis, hoc in Re tantum conjunctis obtinere. Cum enim hi ſolidum ab initio ſinguli habeant, ſi uno deficiente, ſolidum alter cum effectu adipiſcatur, portio ejus non tam creſcere, quam non decreſcere videtur, ut differit Juſtinianus *in d. l. un. §. 11.* Atqui Celſus in omni conjunctione ita comparatum eſſe affirmat, ut dicere liceat, *totam hereditatem & tota legata ſingulis data eſſe, partes autem concurſu fieri*, *l. 80. de leg. 3.* Idque res ipſa fateri cogit. Nam teſtator duos in rem eandem conjungens, ideo non in partes, ſed in rem totam ſingulos vocat, quia deficiente uno, ſuperſtiti rem totam prædeſtinat; concurrente autem utroque, cum ſciat a ſingulis rem totam occupari non poſſe, vult ſcilicet, partes fieri. Prout autem vel concurſus, vel defectus, magis ipſi ante oculos verſatur, ita formulam conjunctionis huic magis quam illi ſcopo adtemperat. In conjunctione verbali de concurſu maxime cogitat; ideo partium facit mentionem, non ut realiter eas diſtinguat, tunc enim conjunctio non foret; ſed ut, quid fieri velit, legato ad utrumque perveniente, ſignificet. In Reali formula teſtatoris, ſolicitudo exprimi videtur reputantis, quot caſibus fieri queat, ne uterque legato potiantur; Ita quaſi unum duntaxat ſuperfore crederet, diſtinctis periodis utrumque ad rem totam, quæ alterutri ſaltem obveniet, vocatum voluit. In mixta autem reali verbalique ſimul, uterque eventus tam concurrentis utriusque, quam alterius deficientis conſideratus videtur. Ideo neque partium in ea fit mentio, neque res tota ſingulis obnixe aſſignatur; uterque legatarius ita jungitur, ut tam partes ſinguli quam totum habere videantur. Summa, in omnibus conjungendi formulis ſinguli revera & partem & totum habent; adeoque & omnes conjuncti Re ſunt conjuncti. differentia triplex a verborum conceptione oritur. Unde ſequitur, non admodum eſſe neceſſarium, in Re conjunctis negare jus accreſcendi, quia ſane collegatarius deficiente altero, plus, quam in concurſu habuiſſet, adipiſcitur; qui ſolus retinet quod cum alio partiri debuiſſet, numquid is incrementum ſentire negabitur? In conjunctis quoque ceteris jus non decreſcendi intelligi poſſet, quoniam & hi ab initio rem habent totam; quæ cum poſtea ipſis obtingit, potius non minui legatum, quam augeri videbatur. Contenti ſimus uno jure accreſcendi; ne geminatis terminis

minis etiam materiæ difficultas ſic ſatis intricatæ duplicetur.

25. Verba ultima in definitione Cujacii, *qui non concurrit, vel concurrere deſiit*, continent aliam differentiam, quæ eſt inter proprietatem & uſumfructum ejusdem rei, duobus conjunctim relictum; Nam jus accreſcendi in proprietate extinguitur, ubi primum legatarii concurrunt, jusque transmittendi ad heredes ſunt nacti, ſed in uſufructu jus accreſcendi, dum vivunt legatarii, ſemper obtinet, ita ut, moriente uno, uſusfructus cum proprietate non conſolidetur, ſed alteri conjuncto accreſcat, *l. 1. §. 3. de uſufr. accreſc.* ubi & ratio redditur, quod proprietatis acquiſitio uno temporis puncto fiat, primoque acquirendi actu ita conſummetur, ut acquiſitor poſtea mortuus nullo modo deficere dici poſſit. At uſusfructus natura maxime in exercitio percipiendi fructus conſiſtit, ſemperque & *quotidie conſtitui*, quotidie *legari* videtur, ut eſt in *d. l. 1. §. 3.* unde uſusfructus, quocunque fructuarius tempore moriatur, reſpectu futuri adhuc deficere videtur; Ac ita quocunque tempore *non inveniet alter eum, qui ſibi concurrit, ſolus utetur in totum*, ait Ulpianus in *d. l. §. 3.* Videtur alia reddi ratio clarior & ſimplicior, in *§. ult. ſupra de uſuſr.* quod uſusfructus cum proprietate non conſolidetur, niſi totus fuerit finitus; Unde ſequitur, ſi conjunctim duobus ejusdem rei fructus legetur, uno quandocunque moriente, partem ejus alteri accreſcere, quia ad heredem tranſire nullo modo poteſt, neque ad proprietarium, propter regulam *d. §. ult.* Sed vereor, ne non tam *jus* accreſcendi poſt concurſum ex illa regula derivatum, quam regula iſta ex continuo jure accreſcendi ſit orta. Quid enim impedit, uſumfructum pro parte finiri & ad dominum redire? *v. l. 74. de C. & D.* an hic partis emolumentum non perinde poteſt percipere? ſed obſtat, quod conjunctus accreſcendi jure præferatur; Et hinc regula, uſumfructum pro parte non finiri, ſed partem ei, qui partem habet alteram, acquiri.

26. Habet locum jus accreſcendi inter omnes quacunque formula conjunctos, *l. un. §. 5. & ſeqq. C. de caduc. toll.* Et quidem de his, qui re & verbis ſimul junguntur, nulla dubitatio eſt; de Re conjunctis ſunt textus in *l. 89. de leg. 3. & §. 8. I. de leg. l. 30. de C. & D.* in quibus ſeparati, nempe quod ad commata orationis, dicuntur. Haud de nihilo quæritur, an accretio obtineat, cum duobus eodem quidem teſtamento, ſed non continuis periodis, verum in diverſis teſtamenti paginis, aut partibus interjectis, legatur. Hotomannus *ad §. 8. Inſt. de Leg.* non arbitratur, ſed eo caſu rem ei totam, cui poſtremo legata eſt, deberi, ac ita reſpectu primi legatarii eſſe ademptionem, *l. 87. & ſeqq. de C. & D.* verum Paulus in *l. 33. de leg. 1.* cenſet, ademptionem non præſumi, niſi apertiſſime illa mens defuncti fuiſſe appareat; ſimiliter duplicationem legati non, niſi de voluntate conſtet, agnoſci. In dubio igitur creditur utrumque ad legati partes voluiſſe vocatum. Spectatur quidem noviſſima in legatis voluntas, *d. l. 87.* ſed ita nimirum, ſi mutatio voluntatis eluceat. Quare contra Hotomannum jus accreſcendi locum videtur habere, non modo ſi immediate legatarii jungantur, ſed etiam per intervalla, modo ne verba præ ſe ferant animum adimendi. Sed hac in re ſcrupulum movet Scholiaſtes noſter.

SCHOLIUM.

At quomodo? Sane ſi ita dixerit; Stichum quem Titio legavi, Mævio do lego, *ademptio eſt, non conjunctio*, §. 1. Inſtit. de adim. leg. *Sin ita;* Eundem Stichum, quem Titio legavi, Mævio do lego, *præſumptionem magis pro ademptione eſſe, quam pro conjunctione arbitror. Adeoque legatario priori probatio incumbet, conjungendi animo legatum fuiſſe factum.* vide quos citat D. Voet. ad tit. Inſt. de adim. legat. n. 3. p. m. 822. *Idem eſſe puto, ſi priori pagina dixiſſet*, Stichum do lego Titio, & *pagina ſequente dicat*, Stichum do lego Mævio &c.

RESPONSIO.

Hac ultima caſus ſpecie ſatis evidens eſt conjunctio realis; ut etiam, ſi quis ita leget una pagina, Fundum Cornelianum Primo do lego; altera, *eundem F. C. Secundo lego. nihil profertur, cur ademptio videri debeat; multo minus, ſi particula etiam, vel ſimilis συγχωρητικὴ adjiciatur. Ex verbis ſane præſumptionem in alterutram partem eſſe colligendam, non eſt recuſandum.*

N. ADDIT.

Hoc vero poſito, quod ex verbis præſumptio in alterutram partem ſit colligenda, duobus verbis dubio in Scholio propoſito poterat reſpondere Autor, ſi addita fuerit particula conjunctiva etiam *vel ſimilis. Si enim, etiam poſt intervallum, dicat teſtator: Stichum, quem Titio legavi, (ſive Eundem Stichum quem Titio legavi; ſive ſimpliciter: Stichum)* etiam *Mævio do lego, haud dubie non eſt ademptio, ſed conjunctio. Tali particula*

ticula omiſſa firmior erit, ut puto, mea ratio dubitandi. Neque enim in exemplo ultimo Scholii, neque in exemplo, quod Autor addit, evidens eſt conjunctio realis. Quid enim intereſt, poſtquam Titio legavi Stichum, ſive dicam, Eundem Stichum, quem Titio legavi, do lego Mævio, ſive eundem Stichum ſimpliciter? (nam ſane idem Stichus eſt, non alius, quam quem Titio legavi.)

Etiam videlicet inter eos, qui verbis tantum conjuncti dicuntur, accretio eſt, ut clare probat *d. l. 89. de leg. 3.* quæ & prærogativam iiſdem, pro conjunctis re tantum, adſcribit. Nam quod inter eos, qui partes habent ab initio, ceſſare jus accreſcendi legimus, *l. 1. de uſufr. accreſc.* id de partibus ſeparatim relictis, non de iis, quæ ſola intentione teſtatoris diſcernuntur, accipiendum, juxta ea, quæ dicta ſunt modo.

27. Differentia tamen inter ſpecies conjunctionum non eſt nulla, ſi quidem re tantum conjuncti partem deficientis ita nanciſcuntur, ut onus, quod perſonæ, quæ deficit, præſtandum injunctum erat, ipſemet implere non teneatur, cum id reliquis conjunctis omnino incumbat. Quod ideo placuit, quia Re conjunctus magis expreſſe ſolidum habet ab initio, quam cæteri; ideoque hoc, onere adventitio minui non debeat, *d. l. un. §. 11.* Alio tamen reſpectu Re tantum conjunctus deteriori conditione utitur, quando cum aliis conjunctis in eadem re concurrit. Nam ex cæteris uno deficiente, portio ejus ad ſuperſtitem in eadem formula pertinet; ſed ex re conjunctis mortuo altero, deficientis pars ad collegatarios quacunque formula conjunctos devolvitur, quoniam ad eandem rem vocati non minus, quam pro conjunctis re ſaltem haberi poſſunt, ut pluribus docetur in citata *l. 89. de Leg. 3.* Ex. gr. Primo & ſecundo fundum Cornelianum do lego. Tertio eundem fundum Cornelianum do lego. Quarto eundem fundum Cornelianum do lego. Quinto & Sexto eundem fundum do lego æquis partibus. Moritur primus, partem ejus habet Secundus. deficit Sextus, pars ejus accreſcit Quinto ſoli. Tertio deficiente, pars ejus ad omnes ex æquo pertinet; quia omnes æque Re ſunt conjuncti ac Quartus. Cæteri arctius iis, qui ſunt in eadem formula, conjuncti, reliquis præferuntur. Obſervandum tamen eſt, ſingula conjunctorum paria non plus accipere, quam unus ille Re conjunctus accipiat, *d. l. un. §. 10. l. 89. de legat. 3. & l. 34. de Legat. 1. in pr.*

SCHOLIUM.

De coheredibus adſertionem concede, per d. l. un. §. 10. *At quoad collegatarios mallem dicere,* d. l. 34. de leg. 1. *abrogatam eſſe per* d. l. un. §. 11. *junct.* §. 10. in fin.

RESPONSIO.

Conſtitutionem generalem de partibus adæquandis, ad illum ſpecialem caſum extendere, non habet rationem.

N. ADDIT.

Sane non intelligo, quid velit hac reſponſione, partim, quia in d. l. 34. pr. de legatis 1. *non eſt ſpecialis caſus, ſed verba ſunt ſatis generalia:* Si conjuncti disjunctive commixti ſint, conjuncti unius perſonæ poteſtate funguntur. *partim quia hæc reſponſio obſtat ipſi aſſertioni Autoris, ut qui in* d. l. un. & d. l. 34. *putat eundem eſſe caſum. Interim jam mallem, re diſtinctius propoſita ab Autore, in ejus ſententia acquieſcere, & verba iſta* d. l. 34. *in qua tum temporis putabam latere antinomiam, explicare in eum ſenſum, quem Autor habet hic in textu,* verſic. obſervandum tamen.

Si plures ſint legatarii, portio deficiens accreſcit partibus æquis, etſi legata ſint inæqualia, *d. l. un. §. 11.* qua derogatum videtur *l. 4. de leg. 2.*

SCHOLIUM.

Diſſentit Perez. ad tit. C. de cad. tollend. n. 17. *qui unicuique vult accreſcere pro portione legati, jam agnita. Sed obſtat huic aſſertioni* d. §. 11. l. un. *verbis:* pro virili portione, *quæ verba quamvis* Perezius *exponat, quod idem valere debeant, ac ſi Imperator dixiſſet:* pro portione ſeu rata partis cuique relictæ. *& ad* §. 8. d. l. unic. *provocet. Tamen* d. §. 8. *ſatis aperte eſt contrarius in verbis:* pro virili portione, *id eſt, pro numero perſonarum.*

Cauſa, ut in principio diximus, juris accreſcendi, eſt præſumpta voluntas teſtatoris; quæ cum æque obtineat in quantitate, quam in ſpecie legata, nihil cauſæ eſſe videtur, quare ſummis viris adſentiendum ſit, qui in quantitatibus ceſſare jus accreſcendi opinentur, manifeſto eadem adſtruitur ex *l. 15. §. 1. de leg. 2.* Tu vide Sandium *l. 4. tit. 4. def. 7.* Contrariæ opinionis textum in *l. 7. eod. 2.* cum gloſſa, recte accipiemus de caſu, quo alter conjunctorum capere quidem adhuc non poteſt, ſperatur tamen, ſecundum ſingulares rationes, quales in *l. 39. §. 9. & l. 84. §. 8. de*

Leg. 1. Porro, cum extra ultimas voluntates ratio, qua introducitur accreſcendi jus, deficiat, conſentaneum eſt, in contractibus aliiſque actibus inter vivos ceſſare ejusmodi accretionem, neque enim ſi Titio & mihi ſtipulatus ſim, aut aliquid emerim pro parte illius inutiliter, id meam partem auget, ſed aliena pars deducitur, *l. 110. de V. O.* Etiam vero in ultima voluntate, ſi conjunctorum alter habeat ſubſtitutum, voluntas expreſſa teſtatoris hanc tacitam, quæ facit accretionem, excludit, *l. 2. §. 8. de b. poſſ. ſec. tab.* In alimentis quoque legatis ceſſat id jus, *l. 57. §. 1. de uſufr.* cui legatum uſus merito addatur, ut bene Perezius *ad d. l. un. n. 23.* quia in his legatis non obſcure ceſſat præſumptio de voluntate teſtatoris. Adde caſum *l. 74. de C. & D.* Alioqui non tantum habet locum, inquam, in legatis, ſed etiam in Hereditate, tam teſtamentaria, *d. l. un. §. 4.* quam legitima, *l. 9. de ſuis & legit.* etiam Prætoria *l. 3. §. ult. & ſeqq. de bon. poſſ.* & fideicommiſſaria, *l. 43. ad Sc. Trebell.* Quin & poſt Querelam Inofficioſi, altero deſiſtente, *l. 23. in fin. de inoff. teſt.* Denique & altero heredum præſcriptione temporis excluſo, *d. l. 23. in fin. & l. 4. de bon. poſſ.* Ceſſat tamen in hereditate militis, *l. 6. de Teſtam. mil.* (α) Scilicet, ratio juris accreſcendi in legatis una eſt, præſumpta voluntas teſtatoris, (β) quod partem legati deficientem potius ei deſtinaverit, quem jam vocaverat ad eam rem, quam heredi, a quo eam reliquit. Ad in hereditate eſt adhuc alia fortior ratio, (γ) quod Paganus pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedere nequeat, *l. 7. de R. J.* quod fieret, ſi pars hereditatis deficiens ſcriptis heredibus non accreſceret; (δ) hæc autem ratio in milite ceſſat, *d. l. 6.* Denique, jus Accreſcendi finitur, quando ſinguli ſuas partes acquiſiverunt, *l. 80. de Leg. 3.* excepto uſufructu, *l. 1. §. 3. de Uſufr. accr.* de quo ad *Pand.*

SCHOLIUM.

(α) *Sed hic quidem textus ſententiam Autoris non probat; Neque argumentum, quod exinde vult deducere. Nam ſive legatum in teſtamento militis conſideremus.*

(β) *Hæc ſcilicet voluntas præſumpta, etiam in teſtamento militis locum habebit, & adeo ſimul juri accreſcendi erit locus, ne privilegium in favorem militis inventum, in ipſius torqueatur odium. Deinde, quod coheredes in teſtamento militari concernit,*

(γ) *Vox hæc, qua utitur,* adhuc, *innuit, quod ratio de præſumpta voluntate, etiam juris accreſcendi inter coheredes fundamentum ſit, quamvis non ſola. Ergo,*

(δ) *Quamvis hæc altera ratio in teſtamento militari eſſet, ob priorem tamen & hic jus accreſcendi obſervari dicerem. Excipe caſum, ſi miles in re certa heredem inſtituerit,* d. l. 6. de teſt. *ſed hoc jus accreſcendi eſt improprie tale, quia ibi non eſt coheres deficiens. Excipe etiam, ſi miles prohibeat expreſſe jus accreſcendi.*

RESPONSIO.

De Legato adſentior, nec aliter habet poſitio. De hereditate puto argumentum d. l. 6. *peremptorium eſſe: heres militis habet, quod ei relictum eſt; nihil amplius. Sed omnis hæc quæſtio præciditur in* l. 37. de Teſtam. milit. *ubi in terminis noſtris jus accreſcendi negatur e teſtamento militari.*

N. ADDIT.

Hic primo miror, quod Autôr de hereditate militis nihil reſponderit ad objectionem ſcholii ſub lit. (γ) *utpote quæ tollit id argumentum, quod Autori placet peremptorium vocare. Heres militis nihil habet amplius, quam quod ei relictum eſt, niſi ſcilicet voluntas militis, vel expreſſa, vel tacita, aliud velit. Denique non ita univerſaliter, ac indiſtincte, ut Autor innuit, negatur in hereditate militis jus accreſcendi in* l. 37. de teſt. milit. Si a milite, *ait Paulus*, duobus ſcriptis heredibus, alter omiſerit hereditatem, pro ea parte videtur inteſtatus defunctus deceſſiſſe, quia miles & pro parte teſtari poteſt; niſi ſi hæc voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem. *Mihi itaque ſic videtur diſſenſus noſter conciliari poſſe, ſecundum ductum Scholiorum. Aut miles partes adſcripſit heredibus, vel res certas, & tunc non habet locum jus accreſcendi, niſi voluntas militis aliunde probetur*, d. l. 6. de teſtam. d. l. 37. de teſtam. milit. *aut nullas partes adjecit, ſive in una propoſitione conjunxerit, dicendo: Primus & Secundus heredes ſunto; ſive ſaltem re conjunxerit, Primus heres eſto. Secundus heres eſto. Et tum, ut in teſtamentis paganorum, aut etiam, ut in legatis militaribus, (quod Autor concedit in reſponſione,) ex præſumpta militis voluntate, jus accreſcendi locum habebit.*

Uſu fori jus accreſcendi abolitum eſſe, teſtatur Voetius ad §. 8. in *ſ. h. t.* Quod ego tam crude accipi-

Digitized by Google

accipiendum nullo modo putem. vid. Zutphen. *tit. de Legat.* *§. 29.* Sandium 4. 4. 7.

DE MODO LEGANDI.

28. (y) Diximus, quando non conſtat, quid voluerit teſtator, tum intercidere voluntatem ejus; quod tamen minime intelligitur fieri, quoties eſt lapſus in nomine legatarii, vel rei legatæ, aut demonſtratione, vel etiam cauſa legati, quemadmodum docet Imperator in *§. 29. 30. & 31.* quæ res pertinent ad modum legandi, juxta ordinem, pœnam, conditionem & modum in ſpecie dictum. Nominis error nihil nocet, proprii ſcilicet, ſive prænomen, ſeu cognomen, vel agnomen ſit, aut quod nomen ſimpliciter vocamus; modo conſtet ex aliis deſcriptionibus, quam perſonam teſtator deſignaverit, *§. 29.* Quatuor nominum ſpecies recenſet Imperator, quas recte ſatis explicat Vinnius *ad hunc §.* niſi quod, cum agnomen non fuiſſe neceſſarium ſcribat, tria reliqua perpetuo in uſu fuiſſe adfirmat; cum tamen nec Caji Marii, nec Quinti Sertorii, nec Lucii Mummii, pluriumque fuerit ullum cognomen. Theophilus, nomen τὸ κύριον, abſolute dictum, interpretatur id quod eſt prænomen; Cognomen vocat ἐπώνυμον, ut Pius, Superbus; prænomen χρηματισμὸν, a majoribus ſumptum, quod eſt nomen ſimpliciter. Male ſine dubio. Poſidonius τὸ κύριον nomen volebat eſſe primum, quem refellit Plutarchus *in Mario pr.* hoc argumento, quod tum feminæ fuiſſent innominatæ, quibus non erat id, quod primo loco ponitur. Res ita fuit, Ordinaria nominatio triplex erat. Ex. gr. Marcus Tullius Cicero. Titus Pomponius Atticus. Primum, ut *Marcus, Titus*, eſt prænomen, quo domi ſuæ quique ab aliis diſcernebantur, ut Marcus a fratre *Quinto* Tullio Cicerone. Secundum eſt Gentis, κοινὸν Plutarcho, *commune* cunctis ex eadem gente; *Tullius, Pomponius*. Cognomen, προσηγορικὸν Plutarcho, fuit Cicero, Atticus; Sic Cajus Julius Cæſar, diſcrepat a Lucio Julio Cæſare: Cognomen igitur ejuſdem gentis familias diſcernebat. Agnomen, quod Juſtinianus quarto loco ponit, extraordinarium, & plerumque a rebus geſtis adſcriptum fuiſſe, ut in Publio Cornelio Scipione Africano, in Aſiatico, Numidico, Achaico, Britannico, aliiſque exempla ſunt. Hæc de nomine proprio. Error autem nominis appellativi, quod dicitur, cum hoc ſit repertum ad eſſentiam rei exprimendam, (propria ſunt arbitraria,) magis noxius habetur. Nomen appellativum eſt, quaſi demonſtratio eſſentialis cujuſque rei, & demonſtratio plerumque vice nominis fungitur, ait *l. 34. in pr. de C. & D.* ſed reliquæ deſcriptiones, quæ circumſtantias & accidentalia rerum ſpectant, *demonſtrationes* a noſtris appellantur; quarum falſitas, quia ſubſtantiam rei non attingunt, nemo miratur, quod legato nihil noceat, modo conſtet, aliam rem a teſtatore deſignatam, aliamque dari voluiſſe. Si enim aliquid certo loco circumſcriptum, idque ſolum legaverit, nec tamen ejuſmodi res in eo loco reperiatur, manifeſtum eſt, nihil aliud poſſe præſtari, ideoque legatum fieri evanidum. Exemplum eſt, ſi dixerit teſtator, *centum quæ in arca habeo, Titio lego;* tunc enim corpus, quod in rerum natura non eſt, legatum videtur, *l. 1. §. 7. de dote præleg.* Proinde, ſi legaverit mille, quæ in arca habeo, & duntaxat centum reperiantur, non plures quam centum poterunt peti a legatario, *l. 108. §. 13. de leg. 1.*

29. Longe minus quam demonſtratio, falſa Cauſa legato adjecta nocet, ait Juſtinianus in *§. 31. h. t.* idemque Cajus in *l. 17. §. 2. de condit. & demonſtr.* Rationem reddit Papinianus in *l. 72. §. 6. eod.* quia ratio legandi legato non cohæret, quemadmodum nomen vel demonſtratio; quippe per cauſam intelligimus rationem impulſivam, quæ teſtatorem ad legatum relinquendum movit ac induxit, petita ex eo, quod legati tempore jam præexiſtit. Ejus, inquam, falſitas nihil nocet, quia in his non conſiſtit ſubſtantia liberalitatis, ὁρμὴ tantum & occaſio inde nata eſt, in qua licet erraverit teſtator, haud tamen ideo affectus in legatarium evaneſcere creditur: neque enim præſumitur, citra illam cauſam nihil legatum illi fuiſſe, quando, licet maxime de teſtatore bene meritus ſit legatarius, minime ille ſe ad legati ἀντίδωρα obſtrictum ſciebat. Certum præterea & uſu notum eſt, ejuſmodi cauſas frequenter a teſtatoribus apponi voluntatibus, ut ſpeciem magis & colorem, ad vitandam invidiam, liberalitati ſuæ erga aliquos concilient, quam quod omne ab illis momentum pendere velint; ut ſi quis uni amicorum plus ſe legare dicat, quia non adeo ſit copioſus, alteri minus, quia ſit opulentior; etiamſi hæc res contra ſe habere deprehendatur: nemo tamen ideo legatum intercidere dicet. Rurſus æquitati parum videri poteſt conſentaneum, ſi quis vere motus aliqua

(y) *Pos. 67. 68. 69. 70. 71.*

Digitized by Google

aliqua ratione ad legandum, opinione deceptus in hominem nihil de ſe meritum liberalitatis elogium contulerit, hoc ab herede, licet errorem defuncti probare parato, eſſe præſtandum. Huic incommodo, uti ratio dictat, occurſum eſt legibus, auctore Papiniano in *d. l. 72. §. 6. de C. & D. ſed plerumque*, ait, *doli exceptio locum habebit, ſi probetur alias legaturus non fuiſſe.* Quoties conſtat, nec raro facile conſtare poteſt, quod teſtator unice ob cauſam illam putativam legatum poſuerit, de quo alioqui nec cogitaſſet, valet adhuc equidem legatum & peti poteſt; ſed locum habet, quod in arte noſtra frequenter uſu venit, ut quod ſummo jure nodis datur, per exceptionem, æquitatis intuitu, rurſus eripiatur.

30. (z) Sequuntur tres juris antiqui emendationes, in quibus hunc titulum claudit Imperator. Prima eſt, nihil intereſſe, quo ordine legata tabulis teſtamenti ſcribantur, utrum ante, an poſt heredis inſtitutionem. Scripta legata non valebant quaſi, extra tenorem teſtamenti locata viderentur, *ἐκτὸς εἶναι δοκεῖ τῆς διαθήκης*, ait Theophilus. Nam quia inſtitutio heredis caput ac fundamentum teſtamenti habetur,* cui reliqua ſuperſtrui deberent, id quod ſine fundamento collocaretur, nullius valoris exiſtimabant. Sed non placuit, Juſtiniano ſimplicioris *δικαιολογίας* auctori, tam præciſe inhærere comparationi moralis cum phyſico aut artificiali fundamento; ſtatuitque rectiſſime, ut legata ſubſiſtant quacunque parte poſita teſtamenti, etiam videlicet ante heredis inſtitutionem; merito incivile reputans, ſcripturæ ordinem quidem ſequi, ſperni autem teſtatoris voluntatem, in *§. 34.* At verum nihilominus eſt, ordinem magis naturalem eum eſſe, ut legata ſequantur, inſtitutio, utpote caput ac baſis teſtamenti, præmittatur. Ut ego quidem noſtros cuperem rogatos tabelliones, ne ita ſibi, quemadmodum plerumque fieri videmus, placeant, legata primo loco & ſæpe longa ſerie recenſentes, ipſamque inſtitutionem tantum non, & quandoque prorſus extremo loco ſubjicientes.

31. Altera (a) veterum ſubtilitas erat, quod legatum poſt mortem heredis, aut legatarii, nullum relinqui poterat, *§. 35. h.* idque ob duplicem rationem, & quod non placeret, heredem heredis a teſtatore poſſe onerari, teſte Ulpiano, *tit. 24. §. 15.* & Paulo *3. ſent. 6.* & quod regula eſſet, actionem, quæ non cœpiſſet a defuncto vel adverſus defunctum, initium ab herede vel contra heredem capere non poſſe, quam Theophilus in *hoc §.* commemorat, *ἀγωγὴ ἡ καθ' ἡμῶν μὴ ἀρξαμένη, τῶν ἡμετέρων οὐ διαβαίνει κληρονόμων.* Scilicet, quia mors eſt ultima linea rerum, a ratione alienum videbatur, aliquid ex perſona defuncti poſt obitum ejus naſci atque inchoari. A ſimplicitate etiam juris gentium abhorrere viſum, ut diſpoſitio teſtatoris non modo in id tempus valeret, quo ipſe non erat futurus in mundo, ſed etiam quo is, quem poſt fata ſua devinctum habet, vivere deſiiſſet. Eadem ratio obtinebat, in *pridie quam moriar, vel mortuus erit ille;* rationem Theophilus reddit, *ἐπειδὴ ἐκ τελευτῆς καταλαμβάνεται, πάλιν εἰς τὸ* poſt mortem *ἐμπίπτει*, *quoniam dies pridiana mortis non niſi ex morte colligitur, rurſus in idem, poſt mortem, incidit.* Sed ſi *pridie quam moriar* non valet, quam reddemus rationem, quare *cum moriar*, ita legatum ſubſiſtebat, ut Paulus & Ulpianus locis modo citatis ſcribunt, & diſcimus ex *l. 1. §. 2. & l. 79. §. 1. de C. & D?* Nam ſi moriendi tempus vitæ tribuitur, ut eſt *l. 18. §. 1. de manum. teſtam.* nonne lux præcedens multo potius vitæ ſpatio adſcribenda? Dicendum videtur, hoc intereſſe; quod *pridie quam moriar* nunquam in præſenti poſſit cognoſci, ſed tum demum poſtquam præteriit, utique in ordinario curſu vitæ humanæ: tempus autem moriendi, civiliter cerni atque animadverti queat; neque enim moriendi tempus ita coarctamus, ut illud noviſſimum *τὸ ἐν ἀτόμῳ* punctum accipiamus, *τὴν ἐξαίφνης φύσιν*, quemadmodum Plato, quod nec vitæ, nec mortis eſt, de quo Gell. *l. 6. c. 13.* ſed laxius, nimirum illud ſpatium, quo animam ægrotus agit, & ſupremos ducit ſpiritus, quod adeo non poteſt non diſcerni, ut etiam tunc amici convocentur. Ideoque eo tempore, cum adhuc perſpicue vivit, qui viam mortis ingreditur, dici poteſt in præſenti; *jam exiſtit obligatio.* Sed de legato, *pridie mortis*, in præſentiarum id nunquam prædicari poteſt. Verum hodie, inſuper habita tam anxia ſubtilitate, non habetur inſolens, legatum quomodocunque relinqui, atque etiam in tempus poſt mortem legatarii aut heredis conferri, idque exemplo fideicommiſſorum, de quibus jam olim obtinebat, *l. 5. §. 1. de leg.*

* Conf. Dec. El. 46.

(z) *Poſ. 72.* (a) *Poſ. 81.*

3. a ſe conſtitutum narrat Imperator in *§. d. 35. ſ. h. t.* Regulam autem, qua negabatur actio dari in heredem, quæ non antea in defunctum ipſum competierat, ſuſtulit idem Juſtinianus in *l. un. C. ut act. ab her.* ſcilicet voluntas teſtatoris ejusque favor, ſubigit omnes juris ſubtilitates.

32. (b) Tertia juris vetuſti emendatio, in *§. ult.* continetur; Olim legata pœnæ cauſa relicta, non valebant, ejusmodi quæ cauſam & ſcopum haberent coercitionem heredis; nam ſi quid ad inſtar pœnæ legato adjiciebatur, non coarctandi heredis ergo, ſed ut legatum melius pertingat, ait Ulpianus *tit. 24. §. 16.* de ejus bonitate non dubitabatur, ut exemplo diſcimus ex *l. 1. de penu leg.* Coercendi heredis cauſa legabatur, quando teſtator, ſi quid faceret vel non faceret heres, eum legati aliis præſtandi damnabat. Quare id improbaverint, duas Theophilus rationes reddit: prima eſt, quod cum legatum ex voluntate & ſtudio teſtatoris erga legatarium, ideoque a certo illius judicio proficiſci debeat, mali exempli ſit, hoc ita diſponere, ut plane ab heredis arbitrio pendeat, *μισεῖ ὁ νόμος τὸ λήγατον τὸ ἐν τῇ γνώμῃ ἀποκείμενον τοῦ κληρονόμου.* Ratio altera, quod rationi adverſum videbatur, ut quod benevolentiæ atque affectus cauſa erga amicos eſt inſtitutum, id convertatur in odium heredis. Sed conſtituit Juſtinianus, ea, quæ pœnæ nomine relinquuntur, nihil a cæteris diſtare legatis conditionalibus, exceptis iis, quæ impoſſibilia ſint, vel legibus interdicta, aut alias probroſa. Etſi enim conditio impoſſibilis ultimas voluntates non vitiare, ſed pro non ſcripta haberi dicatur, id tamen de his, quæ legatario, non de iis, quæ heredi imponuntur, accipiendum, cujusmodi etiam pœnæ ſunt, *quibus proinde Legatum vitiatur, §. ult. h. t.* τὸ impoſſibile explicatur *in favorem ejus, cui adjicitur.*

DE JURE PETENDI LEGATUM

33. Satisfactum eſt ita quidem huic titulo, ſecundum ordinem Juſtiniani. Tantum de Actione pro legatis competente locum, qui occurrebat in *§. 2. ſub. fin.* transmiſimus. Subjiciemus eum heic loci, & ſimul de omni jure petendi legatum breviter collocabimus. Naſcitur hoc jus, quando dies cedit, & jam diximus, diem legatorum & hereditatum cedere ſtatim a morte Teſtatoris, *l. 1. §. 5. Quand. dies leg. ced. l. un. §. 1. & 5. C. de Cad. toll.* Excipiuntur legata uſusfructus & libertatis, quorum dies cedit ab adita hereditate, *d. l. un. §. 6.* Conditionalia, & in diem incertum relicta, cedunt poſt conditionem exiſtentem, *l. 4. in pr. & l. 5. §. 2. Quand. di. leg. ced.* Sand. 4. 4. 7. *v. in tertia.* dies certus, & conditio impoſſibilis, faciunt puras voluntates *d. l. 4. §. 1. d. l. 5. §. 4.* Effectus, inquam, diei cedentis eſt, quod jus agendi parit, & quod moriens poſt eam diem, ſibi relicta transmittit ad heredem; ante eam ſi decedat, Legatum manet penes heredem teſtamento ſcriptum, *l. 3. & l. 4. & paſſ. d. tit.* Cæterum, dies legata non venit, hoc eſt, legatum, actu non poteſt peti, ante hereditatis aditionem, cum non ſit prius, a quo petatur; proinde ſi hereditas non adeatur, teſtamenti vis reſolvitur, *l. 181. de R. J. l. 6. de teſtam. tut.* & legata intercidunt, *§. 2. in fin I. de Leg. Falcid.* Caſus exceptos vide apud Sandium *l. 4. tit. 4. def. 10.* quos heic recenſere nimis longum fuerit; ſed eſt etiam inter eos, qui perquam late patet, ſi nempe *clauſula codicillaris adjecta ſit*, quæ cum vix unquam omittatur, imo ſemper intelligatur, res huc redit, ut heres ab inteſtato, ſicut hereditatem heredi ſcripto, ita legata legatario præſtare debeat, quaſi per fideicommiſſum. Quod ſi heres primus deficiat, a quo legatum eſt relictum, hodie ſic eſt receptum, teneri ſubſtitutum, itemque coheredem in caſu accreſcendi, niſi aliter a Teſtatore ſit cautum, *l. 74. de Legat. 1. l. 61. de Leg. 2.*

34. Actiones ad petendum legatum, tres ſunt proditæ. I. eſt actio perſonalis e teſtamento, quæ datur e quaſi-contractu aditionis, * adverſus heredem, de quibuslibet rebus legari ſolitis, *§. 5. I. de oblig. ex quaſ. contr.* II. Actio in rem, e dominio; quod ipſo jure tranſit in legatarium, adverſus quemlibet rei legatæ poſſeſſorem, ſi corporalis ſit, & propria teſtatoris, *arg. l. 6. de R. V. & l. 59. de R. J.* III. eſt hypothecaria, ex hypotheca, quam lex dat legatario in bona teſtatoris, adverſus quemlibet rerum hereditariarum poſſeſſorem, *§. 2. ſub fin. h. l. 1. C. Comm. de Legat. & fideic.*

* Proceſſus in his actionibus, vel ordinarius, vel ſummarius eſſe poteſt. Apud Saxones tamen ex teſtamento indubitatæ fidei, tanquam ſpecie inſtrumenti guarentigiati, executive etiam experiri licet: *v.* Lands-Ordn. *A. 1555. t.* verſatzte Brief und Siegel e. g. Si teſtamentum apud Acta conditum ſit, factumque aditæ hereditatis liqueat ex impetrata ab herede inveſtitura immobilium. Carpz. *P. 3. C. 13. d. 25.*

(b) *Poſ. 73. 74. 75.*

35. *Prior actio in heredes competit, ſi plures ſint, pro partibus hereditariis*, idque ut videtur indiſtincte, ſeu nominati fuerint heredes, a quibus legatum ſit præſtandum, ſive non; quia hereditas eos obligat, eaque ſententia ratione & æquitate vincit, *l. 33. in pr. de Leg. 2. l. 17. de duob. reis.* licet alii textus varie diſtinguant. Tu videſis *l. 54. §. ult. & l. 124. de Legat. 1.* Wiſſenb. *ad tit. ff. de Legat. 1. th. 25. & de Leg. 2. th. 6.*

36. Porro, ſemper adverſus alium danda eſt actio legatario, qui a ſe ipſo capere, vel ſimul heres & legatarius *eſſe non poteſt.* Hinc ſi duo ſint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim, iisque fundus ſit legatus, unciarius heres habebit undecim partes in fundo, & qui eſt heres ex XI. unciis, unam partem in fundo *legato habebit, l. 34. §. 12. de leg. 1.* ubi quidam libri pro *unciarius* male habent *unciarum heredem.*

37. Tenetur etiam heres in fructus & in uſuras, ſed a quo tempore, non ſatis conſtat. Tempus moræ indicant *l. 78. §. 2. & l. 87. §. 1. de legat. 2.* litis conteſtatæ tempus exprimunt *l. 1. & ult. C. de uſur. & fruct. legat.* tempus ſcientiæ *l. 40. de A. R. D.* acquiſiti dominii, quod eſt ſtatim a morte, *l. 42. de uſur.* juncta *l. 64. in fin. de Furt.* Hinc ita videtur eſſe ſtatuendum. Moræ tempus eſt ſtatum & ordinarium. Mora autem eſt perſonalis aut realis. Illa committitur interpellatione, vel litis conteſtatione. Hæc ſolo tempore tardæ ſolutionis. Lex igitur, quæ a tempore litis conteſtatæ agnoſcit uſuram currere, non repugnat ei, quæ tradit moram facere curſum. Qui vero ſcivit, cum ipſe adiiſſet, rem eſſe legatam, nec eam præſtitit, non videtur reipſa non eſſe in mora, maxime ſi legatarius ignoraverit. Ante moram vero aditionemque, ſtatimque a morte fructus & uſuras præſtari non habet rationem; neque textus id evincunt. Ajunt fructus poſt acquiſitum ab hærede dominium deberi, *d. l. 42. de Uſur.* quod non de civili dominio, quod ipſo jure tranſit, ſed de naturali, quod incipit a poſſeſſione poſt aditionem, videtur accipiendum, *ex dic adita hereditatis* ait *l. 86. §. 2. de legat. 1.* Dix, *lib. 2. Juriſp. Hod. c. 30. n. 27.*

TIT. XXI.

De adimendis Legatis.

Ademptio Legati duplex, una verbis. Re altera. Exempla mutationis eſſentialis.

(a) TEſtatorum voluntates ſunt ambulatoriæ usque ad ſupremum vitæ exitum, habetur in *l. 4. D. h. t.* qua de re alibi, in materia teſtamentaria, eſt dictum. Doctrina de ademptione legatorum hoc modo habet. Legata adimuntur verbis aut Re; utroque modo tacite vel expreſſe. Verbis expreſſe, quando teſtator ait; quod Titio legavi, hoc ipſi non do, non lego, aut adimo, & capere veto. Verbis tacite, quando legata transferuntur ab uno in alium, *§. 1. h. t.* veluti quod Titio legavi, hoc Sempronio do, lego; quibus verbis in perſona Titii tacita ademptio continetur, ſive in eodem ſeu diverſo ultimæ voluntatis inſtrumento, *d. §. 1. h. l. 5. de adim. leg.* cui minime obſtat *l. 15. de hered. inſtit.*

2. Re adimitur legatum expreſſe, quando teſtator legatum inducit, cancellat, aut delet, *l. 1. de his, quæ in teſtam. del. cancell.* Tacite variis modis, primo propter gravem inimicitiam inter teſtatorem & legatarium coortam, quæ reconciliatione conſopita non eſt, *l. 3. §. ult.* cum *l. ſeq. eod. tit.* ſine diſtinctione, utrum legatarius cauſam inimicitiæ ſua culpa dederit, vel non; revocatio enim legati fundata eſt in præſumptione mutatæ voluntatis, quæ non minus intelligitur, quando teſtator ſuam iram inique perſequitur, quam ubi legatarius immerentem ad iracundiam provocat. Dein, tacita revocatio fit per alienationem voluntariam, de qua dictum ad *§. 12. tit. præced.* itemque per ejusmodi mutationem, qua efficitur, ne res ad priſtinam ſpeciem reduci poſſit, quemadmodum per talem dominii quoque cauſam mutari, alias intellectum.

3. Hinc, ligno legato, ſi navis aut armarium inde fiat, legatum extinguitur; viciſſim nave legata, & diſſoluta, neque navis neque materia debetur, *l. 88. §. 1. & 2. de leg. 3.* Contra, maſſa argenti legata, ſcyphis inde factis, manet legatum, & ſcyphi recte petuntur, *ibid. §. ult.* & perinde vice verſa, ſi, poculo legato, maſſa inde facta eſt, pocula debentur, *l. 44. §. 2. de leg. 1.*

(a) *Poſ. 1. & ſeq.*

idem-

idemque ſi rurſus inde poculum a teſtatore ſit factum, *§. 3. ibidem.*

SCHOLIUM.

Quia ſc. poteſt reduci ad priſtinam materiam, & maſſa poterit iterum ad priorem ſpeciem ſeu poculum reduci. Imo ſi quis lancem legavit, & maſſam fecit mox poculum, debebitur poculum, d. l. 44. §. 3. *quia ſcilicet, ut puto, & ex poculo poterit iterum lanx fieri. Sed jam deſidero genuinam rationem deciſionis, cur nave legata eaque diſſoluta, non debeatur etiam materia,* d. l. 88. §. 2. *& quænam inter iſtum caſum, & hunc de maſſa argenti, ſit vera differentia,* conf. l. 98. §. ult. de ſolut.

RESPONSIO.

Videtur hæc eſſe, Poculum in maſſam, maſſa in poculum mutari poteſt; Navis in ligna diſſolvi, ligna ad navem reduci nequeunt. Ideoque eſt mutatio diverſi generis, non reciproca.

N. ADDIT.

Conſentio. Nam jam facile concipio, quod ex nave in ligna diſſoluta non poſſit iterum navis fieri. Tum vero neſcio, qua ſupinitate cogitaveram, textus de nave loquentes intelligi de diſſolutione glutinis vel picis, quaſi ſit diſſoluta navis non in ligna, ſed integras tabulas & aſſeres, qualis tamen diſſolutio non procedit.

His ex adverſo; lana legata, veſtem, quæ ex ea facta ſit, deberi non placet, ait convenienter huic diſtinctioni Paulus, in *d. l. 88. pr.* Ulpianus tamen ex ſententia Juliani, de lana legata & veſte inde facta, ſcribit idem quod de poculis in maſſam transmutatis, *d. l. 44. §. 2.* addito temperamento, ni teſtator mutaverit voluntatem, auctoritas tamen Pauli ſolidior eſſe videtur, quia nititur recepta diſtinctione in articulo ſpecificationis. Ulpianum tamen in *l. 44.* diſſentire, negat Scholiaſtes noſter his verbis.

SCHOLIUM.

Imo non, nam ſi Ulpianus hac in parte a Paulo diſſentiret, diſſentiret ſimul a ſe ipſo. vide l. 70. §. 5. 6. 7. de leg. 3. *Mens ergo Pauli eſt: Sub voce lanæ legatæ non continetur veſtis lanea, ſive ante teſtamentum, ſive poſt idem ſit confecta. At Ulpianus* d. l. 44. §. 2. *id ſaltem aſſerit;* Si lana *omnis* legetur, & veſtimentum *poſtea* ex ea, *hoc eſt, ex aliquot libris de illa lana* fiat, Julianus ſcripſit legatum *reliquæ lanæ propterea non cenſeri ademptum, ſed* conſiſtere, *& adeo* deberi *legatario,* quod *de lana legata adhuc* extat. conf. Wiſſenb. ad Tit. de leg. 1. th. 15.

RESPONSIO.

In l. 70. §. 5. 6. 7. dd Legat. 3. *Ulpianus nihil aliud tractat, quam quid Lana legata contineatur aut ſecus; argumentum conciliationis exinde quod colligitur, nullum eſt, multo minus ut Ulpianus ſibi contradicere videatur. Reliqua judicet Lector.*

N. ADDIT.

Etſi Ulpianus in d. l. 70. *primario agat de eo, quid lana legata contineatur, tamen argumento legis etiam id infertur, quod aſſerneram, nam ſi lana legata ne quidem debetur, ſi quaſi veſtimentum ex ea factum ſit,* d. l. 70. §. 6. *multo minus verum veſtimentum. Interim tamen fateor, nunc illam periphraſin* d. l. 44. §. 2. *quam dedi in Scholio, mihi ipſi diſplicere ideo, quia Ulpianus ibi duos caſus conjungit:* Si pocula quis legavit & maſſa facta eſt, vel contra; item ſi lana legetur, & veſtimentum ex ea fiat &c. *Igitur uti per id quod* extat, *in primo caſu intelligitur* poculum *ex maſſa factum, ita in ſecundo caſu intelligitur* veſtimentum ipſum *ex lana factum. Ideoque nunc arbitror, Ulpianum cum Paulo ſenſiſſe, & horum ſententiam ſecundum tradita Autoris eſſe præferendam ſententiæ Juliani, qui utique ab utroque diſſenſit, ſed cujus ſententiam ibi Ulpianus refert, non approbat.*

Quid ſi area legata, eique domus impoſita ſit, numquid areæ legatum extinguetur? Negandum hoc, niſi teſtator mutaverit voluntatem, quod ubi non liquet, æſtimatio ſaltem debetur, *l. 98. §. ult. verſ. non eſt his. de Solut.* ubi, quod ſequitur, *cui etiam ſuperficies cedit.* pars rationis eſt, non definitio nova, ut putes Legatarium petere poſſe ædificium. Cum hoc comittendum non puto Celſum in *l. 79. §. pen. de leg. 3.* ubi area legata, inquit, ſi inædificata medio tempore fuerit, ac rurſus area ſit, *quanquam peti non poterat,* nunc tamen debetur. Non dicit in theſi, quod peti non potuerit, cum eſſet inædificata, ſed quod nunc debeatur, etiamſi res ita comparata fuerit, ut ſtante ædificio, peti non potuiſſet ob cauſam ſpecialem, quam conjicere, non aſſeverare licet nobis.

SCHOLIUM.

Per d. l. 44. §. 4. de leg. 1. l. 39. de leg. 2. *Cui obſtat* d. l. 79. §. pen. de leg. 3. *Ad quam quidem Autor voluit reſpondere* in prælect. *hic. Voluerunt & alii, a Wiſſenb.* d. l. *relati. Sed verius eſt, Celſum in* d. l. 79. *ab aliis JCtis diſſenſiſſe, argumento* d. l. 98. §. ult. de ſolut. *Adde* Wiſſenbach.

Digitized by Google

bach. d. l. *cujus ſententiam Autor quoque hic videtur amplecti.*

RESPONSIO.

Forte liceat hoc etiam modo reſpondere, quod jam prætulerim; Tunc, cum inædificata eſſet, ipſa area peti non poterat, ejus æſtimatio tantum, nunc (ædificio ſublato) area ipſa cum effectu peti poteſt.

N. ADDIT.

Hic judicium lectori relinquo, præprimis cum Autor ipſe dubitanter loquatur. Id certum eſt, in his & ſimilibus quæſtionibus JCtos non fuiſſe unanimes, ut vel ex modo præcedentibus patet.

Quæſtio apud Dd. frequens, an ut donatio, ſupervenientibus liberis, ita legatum revocetur, de qua varias diſtinctiones vide apud Tiraquell. ad *l. ſi unquam. C. de rev. don. n. 258. & ſeqq.* Peckium *l. 1. de teſtam. conjug. cap. 45. n. 11.* ea, inquam, ſupervacua videtur, & ex doctrina de reſciſſione teſtamentorum intelligi poteſt; ſi enim teſtamentum valeat, legatum quoque valebit: ſecus, ſi ruptum ſit teſtamentum agnatione poſthumi. Reſciſſione per querelam hodie non vitiari legatum, & hoc jam conſtat ex *Nov. 115. in fin.*

4. Porro ad doctrinam de adimendis legatis, pertinent ea, quæ de Legatis, ut indignis, auferendis habentur in *tit. de his, quæ ut indign.* quæ heic loci non occupabimus. Inter ea non eſt, quod olim quæſitum fuit, ſi ex heredibus uni prælegatum ſit relictum, isque hereditatem repudiet, an & legatum pariter amittat. Ita nonnullis viſum fuit; ſed Papinianus *duriſſimam* hanc vocat *ſententiam; non enim impugnatur*, ait, *judicium ab eo, qui juſtis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari*, idque Gordianus Imperator laudat in *l. 12. C. de Legat.* adde *l. 4. de Sc. Trebell.* ſuppoſita videlicet hac limitatione; *niſi Teſtator aliter ſtatuerit*, *l. 88. d. tit. de legat. 1.* Sand. *lib. 4. tit. 4. def. 7. verſ. At verius eſt.* Addit Scholiaſtes aliam exceptionem, recte & facile præſumendam.

SCHOLIUM.

Item, niſi ſub conditione heres inſtitutus ſit, & vel eandem adimplere noluerit, l. f. §. f. de ed. dol. *vel alias defecit conditio*, l. 77. pr. de cond. & demonſt.

TIT. XXII.

De Lege Falcidia.

Legis Falcidiæ origo, ſententia & ratio. Eaque ponenda in ſingulis heredibus. Quo tempore bona æſtimanda, & quomodo. Caſus quibus ceſſat Falcidia.

(a) Verba XII. tabularum, *Uti quisque rei ſuæ legaſſit, ita jus eſto.* tametſi ad omnigenam ſupremæ diſpoſitionis libertatem ſpectarent, directe tamen & liquidiſſime effuſam legandi licentiam tribuebant, adeo, ut univerſum quisque patrimonium ſuum, ſi vellet, exhaurire poſſet. Quod cum merito abſurdum judicaretur, leges Furia atque Voconia latæ ſunt, quarum Furia cavebat, ne ſupra mille aſſes cuiquam legare liceret, ut Autor eſt Ulpianus, in fragm. *tit. 1. §. 1.* Theophilus ad *hoc princ.* *μὴ ἐξεῖναί τινι ληγατεύειν περαιτέρω χιλίων νομισμάτων*, ne plus mille nummis cuiquam relinqui poſſet; Gothofredus, quod ſummopere miror, *τὸ νομισμάτων* vertit *aureis*, falſiſſime; de ſeſtertiis fortean accipi potuiſſet, niſi locus Ulpiani monſtraret aſſes. Lege Voconia cautum erat, *μηδὲν πλέον λαμβάνειν τὸν ληγατάριον τοῦ κληρονόμου*, Ne quis legatariorum plus caperet, quam heredi obtingere poſſet, ut idem Theophilus & Cicero *in Verrina tertia* teſtantur. Sed harum neutra legum, ſufficiens remedium pro ſatisfactione heredis ſuggerebant; quoniam ſalva earum ſententia, fieri poterat, ut nihil, aut parum cederet heredi: etenim per Furiam legem is, qui decem millia in bonis habebat, decem perſonis millena legare poterat, totamque ita exinanire hereditatem. Voconia in eodem caſu decimam modo partem apud heredem relinqui, poſtulabat; quod pro nomine moleſtiaque heredis, qui cuncta curabat, perexiguum erat. Imo Theophilus exemplum profert, in quo unus tantum aureus pro herede remaneret. Nam ſi teſtator habens centum aureos in bonis, nona-

(a) *Poſ. 1. & 2.*

ginta

ginta novem legatariis ſingulos aureos reliquiſſet, heredi unus tantum ſupererat, neque de Voconia lege violata conqueri poterat. Tandem plenius huic incommodo conſultum eſt lege Falcidia, ſeu plebiſcito, rogante P. Falcidio tribuno plebis, tempore Triumvirali. Dion. *l. 48. Ne minus quam pars quarta hereditatis, maneret penes heredem, qui detraheret quod plus dodrante Legatum foret, l. 1. pr. h. t.* Erraſſe autem Dionem, dum adjicit, licuiſſe heredi per legem Falcidiam, quarta parte hereditatis retenta, reliquum omittere, ſi in eo gravatus eſſet, id ſcribit errans ipſe, ni fallor, Balduinus in *προθεωρίᾳ* ad h. tit. *neque enim jus noſtrum permittit*, ait, *heredi partem hereditatis omittere, ſed totam agnoſcere jubet.* Verba Dionis ſunt *ὥςε τινὰ τὸ τέταρτον τῆς καταλειφθείσης οἱ οὐσίας, ἂν δέπη βαρύνηται, λαβόντα τὸ λοιπὸν ἀφεῖναι*, id eſt, *ita ut quartam partem hereditatis relictæ accipiens, reliquum remittat*, aut *permittat.* Nam *ἀφίημι* maxime proprie ſignificat, remitto aut *permitto*, ut heres quartam habeat ipſe, reliquum remittat, ſive permittat aliis, quibus id reliquerat teſtator. Loquitur de effectu perceptionis, non de agnitione, aut repudiatione. Nihil neceſſe eſt, ut aditionem totius hereditatis ab herede faciendam, negare Dionem ſtatuamus; quia nihil aliud liquet, quam quod reliquo ſupra quartam frui atque gaudere nequeat, ſed hoc legatariis permittere debeat; quod eſt verum & planum. Ne autem ſanctio Falcidia libertatem teſtandi, cujus favor eximius, coercere videretur, *προφυλακὴν*, *præmunimentum* ſuggerit Imperator, dum in ipſorum teſtatorum gratiam proviſum eſſe monet, ut pluſculum heredibus relinqueretur, *ob id, quod plerumque inteſtati moriebantur, recuſantibus ſcriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire.* Sed hanc Juſtiniani *αἰτιολογίαν* ita recte acceperis, ut intelligamus, nihil eſſe cauſæ, quare lex Falcidia in odium aut duritiam adverſum moribundos trahenda ſit, non etiam, ut præcipuum in illa teſtantium favorem verti, interpretemur. Res enim ſatis loquitur, id agi ex profeſſo, ut heredum lucro conſulatur, unde tum ipſa quoque teſtatorum utilitas, ne voluntas eorum penitus intercidat deſtituto teſtamento, per conſequentiam derivatur. Simpliciter in ipſorum gratiam id non fuiſſe conſtitutum, ſatis inde patet, quod renunciare Falcidiæ, ſeu prohibere eam non potuerint, ut *inferius* liquebit: heres autem beneficio hujus legis, ut quilibet ſuo favori, renunciare & abſtinere ſemper potuit, imo laudatur hoc nomine in *l. 5. §. 15. de donat. inter vir. & ux.* quod adeo ſancta ei voluntas defuncti ſit viſa, ut ſui commodi rationem duxerit poſtponendam. Producta eſt porro lex Falcidia ad donationes mortis cauſa, etiamſi vivo teſtatore per traditionem impletæ fuerint, *l. 2. de Donat. m. c. & l. 5. C. h. t.* Idem eſt in donationibus conjugum, quæ non niſi morte donatorum confirmantur, *l. 12. C. h. t.* Denique & ad ſucceſſiones, quæ fiunt ab inteſtato, produxit hanc legem Divus Pius in *l. 18. D. h. t.*

2. (b) Sed ne eluderetur ſcopus Legis, ut in Furia & Voconia evenire poterat, proviſum eſt, ratio uti Falcidiæ non reſpectu omnium heredum ſimul, ſed in partibus ſingulorum ſpectaretur. Adeo ut ſi quis ſemiſſem bonorum ſuorum legatis intactum, uni reliquerit, ex altero tamen ſemiſſe alium, vel certos fecerit heredes, quos nominatim tot tantiſque oneravit legatis, uti nec quartam habeant ſalvam, tum ab hoc ſemiſſe detractio ſecundum legem fieri debeat, *§. 1. h. t.* Et quidem hoc ſatis expeditum eſt, ſi uterque ſemis ad eos, quibus ſunt adſignati, pervenerit; verum ſi per defectum unius, tota hereditas in unum concurrat, atque ita heres idem totum ſemiſſem habeat liberum; plus erat ſcrupuli, ſi hic quartam detrahere poſſet, quia duplex quarta ſupererat; Sed diſtinctio recepta eſt, utrum pars deficiens & accreſcens, fuerit illa exhauſta, an libera; Si exhauſta, tum quarta perinde poteſt capi, ac ab ipſo, qui deficit, potuiſſet, ne coheres accreſcendo nihil quam onus diſtribuendi legata nactus videretur; quod ſi pars libera affluxerit gravata, quia nunc ſemis inexpectato ſupereſt ei, qui de quarta modo laborabat, inverecunde quartam inſuper flagitare videretur, *d. §. 1. & l. 78. eod. tit.* Poteſt ratio ſic etiam reddi; Detractio ſemel competens præcidi nequit, niſi ob lucrum accedens, quod adjumento ſit legatariis, cujuſmodi nihil per defectum heredis gravati ſcimus contingere.

3. Si autem coheres etiam fuerit ſubſtitutus, quia legata hodie ab ipſo repetita cenſentur, ideo non poteſt ex perſona ejus, qui gravatus erat, deducere quartam, quoniam & ipſe iiſdem gravatus intelligitur; neque ex ſua perſona,

(b) *Poſ. 3. 4.*

quia ſemiſſem habet liberum: Quod ſi gravatus teſtatori ſuperſtes eoque heres ſit factus, atque poſtea pars ejus ad coheredem jure ſubſtitutionis pupillaris pervenerit, quia tunc non ſuo, ſed primi heredis nomine de legatis tenetur; plus etiam quam ab illo præſtitum fuiſſet, ſolvere non cogitur, quæ eſt ſententia *l. 87. §. 4. h. t.* Alioqui, ut dictum, legata ab inſtituto primis ſecundisque tabulis relicta, confunduntur & contribuuntur, ita ut ſi pariter ſumpta dodrantem bonorum teſtatoris excedant, Falcidiæ ſubjecta ſint, *l. 11. §. 5. & l. 79. h. t.*

4. (c) Priusquam igitur Lex Falcidia exerceatur, conſtare debet, utrum plus an minus dodrante ſit exhauſtum. Quam ad rem opus eſſe bonorum æſtimatione, res ipſa loquitur, in qua ſpectari debet præſens, verum, & commune pretium, cui *formale* JCtus opponit in *l. 62. §. 1. ad L. Falcid.* qua oppoſitione, ſenſus vocabuli ſatis eſt manifeſtus, non æque ratio appellandi, quæ vel a forma cenſuali, vel a forma ſpeciali, & affectione adverſus eam deſumpta videtur. Quia autem dies legatorum cedit a morte teſtatoris, atque in hereditate eſſe cenſetur, quidquid eo tempore exiſtit, JCti æſtimationem illam tempore mortis ineundam cenſuerunt, non habita ratione augmenti, vel decrementi, quod poſtmodum accidiſſet. Ideo ſi, moriente teſtatore, bonorum æſtimatio ejusmodi fuerit, uti quarta inde pro herede, præſtitis legatis, ſupereſſe nequiverit, tametſi jacente hereditate adeo ſint aucta, ut aditionis tempore quarta ſatis ſuperque penes heredem remanere poſſet, nihilominus tantam legatarii deductionem pati coguntur, quantam tempore mortis ſubire debuiſſent. E contra, ſi moriente teſtatore quarta fuerit ſalva, heres integra legata ſolvet, etiamſi, cum adit hereditatem, transverſariis caſibus ita ſit imminuta hereditas, ut quarta nullo modo ſalva reperiatur, atque hæc in *§. 2. h. t.* docentur, & in *l. 15. §. 3. in f. l. 30. in pr. & l. 56. pr. eod.* Videlicet augmenta & decrementa reliquarum rerum hereditariarum, præter & extra res legatas intelliguntur; Nam ſi corpora ipſa legata imminuta, vel deteriora ſunt facta, hoc ſcilicet detrimentum pertinet ad legatarium quatenus *tit. præced. ex §. 16.* didicimus & ſpecialius ex *d. l. 30. §. 2. & ſeq.* utique tamen, ſi quantitas relicta fuerit, nullo interitu fatali illius legatum extingui poſſe, docet idem textus & ratio manifeſta.

(c) *Pos. 5. 6. 7. 8.*

5. Porro *Nec ea res damnoſa eſt heredi*, ſubjicit Imperator, *quia liberum eſt ei non adire.* Proinde ſi adierit, cauſam querendi nullam habet: *μὴ ἀγανακτείτω, non eſt quod indignetur*, ait Theophilus. At Imperator ſimul inſinuat conſilium, quo ſi utatur heres, poteſt compellere legatarios, ut ſe partem de legatis decerpere patiantur; ſi præ ſe ferat, malle ſe repudiare, quam nullo commodo adire hereditatem; atqui deſtituto teſtamento, legatarii nihil conſequuntur, *§. 2. in fin. h. t. l. 181. de R. I. L. Si nemo de Teſtam. Tut.* Quæ res facit, ut heredem legatarii adfectare, & obſervare debeant, retenta portione juſta, aditione perfungi velit, quo ipſi legatis ſuis potiantur. Atque ita *ὅπερ ὁ Φαλκίδιος οὐκ ἐδίδου, τοῦτο ἡ μέθοδος παρέχει τοῦ κληρονόμου, quod Falcidius non dedit, hoc heres per circuitum adipiſcitur*, addit idem Theophilus. Sunt tamen aliqui caſus, quibus, etſi hereditas ex teſtamento non adeatur, legata nihilominus debentur: I. Si heres ſcriptus, qui ſimul eſt ſanguine proximus, cauſam teſtamenti repudiet, ut ex lege adeat, ac ita legatarios eludat, *l. 1. & tot. tit. ſi quis omiſ. cauſa teſtam.* idemque juris erit, ſi extraneus ſcriptus in gratiam legitimorum pecunia corruptus repudiet, *arg. l. 2. §. ult. de ſuis & legit. hered.* II. Si Teſtator legatum a legitimis heredibus repetierit, ut *in l. 88. §. 9. de Legat. 2.* III. Quando hereditas verbis indirectis ita relicta eſt, ut a Legitimis heredibus eſſet petenda, *l. 14. C. de fideicomm.* IV. Caſus late patet, ut hodie res ſunt; quando clauſula codicillaris teſtamento adjecta eſt, cujus vi heredes legitimi intelliguntur rogati, ut teſtamento relicta præſtent ac impleant, qua de re videbimus *infra.* Gail. *2. obſ. 134. n. 3.* Sand. *lib. 4. tit. 4. def. 10.* His addit quintum caſum e Jure Friſico Herbajus *de Reb. quotid. cap. ult.* quando heres ſcriptus petit beneficium Inventarii, ex cognatione autem aliquis adire vult pure. Hic enim ad omnia onera, ipſisque legatariis tenetur, *arg. Nov. 1. c. 1. & 4.* ubi, ſi heres legata non præſtet, legatariis quaſi-aditio quædam conceditur, ſcilicet, ſi heres ſcriptus jam adierit hereditatem, ne quis putet, ea lege totum juris antiqui articulum, de legatis hereditate repudiata interciden-

Digitized by Google

tibus, eſſe abrogatum. Ritterhuſ. *ad Nov. part. 6. c. 6.*

6. Cæterum, producta eſt lex Falcidia ad dationes mortis cauſa, *l. 5. C. h. t.* & ad eas inter vivos, quæ non valent, niſi morte firmatæ, ut inter conjuges, *l. 12. C. eod.* etiam ad fideicommiſſa, quæ ab inteſtato relinquuntur, *l. 18. D. eod.* non tamen ad mortis cauſa capiones, *l. 93. eod.* nec ad ea, quibus legatarii gravantur, *l. 47. §. 1. eod.* ſolis heredibus & heredum heredibus hoc jus datur, *l. 10. C. d. tit.*

7. Scilicet heres antequam legata præſtet, aut de Falcidia inquirat, exſolvere debet æs alienum, & libertatem præſtare ſervis manumiſſis, eorumque pretia, ſi in æſtimanda quantitate bonorum ratio illorum habita ſit, deducere, præcipue vero & ante omnes alios creditores, tam hypothecarios quam perſonales, ſolvere quicquid in funus defuncti honeſte impenſum eſt, *§. ult. h. l. pen. de relig.* itidem quicquid hereditatis adeundæ cauſa eſt erogatum, *l. ult. §. 9. C. de jure delib.* Tum conferenda quantitas bonorum, quæ ſuperſunt, cum legatis; quæ ſi tot & tam grandia ſint, ut heredi quarta libera non ſuperſit, tantum ex ſingulis deduci debet, quantum ſcilicet a quarta deficit, octava, ſi octava ſuperſit, aut plus minusve, ut latius in *d. §. ult.*

8. (d) Uſus legis Falcidiæ reſtringitur variis caſibus, quibus ceſſat, iique reſpectu aut teſtatoris, aut heredis, aut rei legatæ, conſiderantur. Intuitu teſtatoris, I. Si ille ſit miles, caſu quo privilegio teſtandi gaudet, *l. 7. C. h. t. l. 12. C. teſt. mil. l. 17. & l. 49. ff. h. t.* II. Si teſtator vivus heredi æquivalentem quartæ ſummam repræſentaverit, hoc eſt, in anteceſſum præſtiterit, *l. 56. §. ult. h. t.* Denique III. ſi prohibuerit Quartam; tunc enim qui inſtitutus eſt, hereditatem aut repudiare, aut ſolida legata præſtare debet, *Nov. 1. c. 2. in fine.* Quod jure veteri licuiſſe, non apparet, & revera tale hoc eſt, ut inſtitutum prudens Falcidiæ rogationis evertat; in liberis tamen non poſſe prohiberi, tenent Dd. communiter. Wiſſenb. *ad h. t. ff. th. 22.* Reſpectu heredis, I. Si quibusdam ſolida legata, ſciens dodrantem non eſſe ſalvum, dederit, *d. N. 1. c. 2. l. 1. C. h. t.* tunc enim reſpectu reliquorum legatariorum, ceſſat Falcidia. II. Si id egerit, ut fideicommiſſum intercideret, *l. 59. in pr.* Reſpectu rerum legatarum, ceſſat Lex Falcidia I. in rebus ad pias cauſas legatis, *N. 131. c. 12.* nam quod alii crebro monent, non quemvis, ſed heredem tergiverſatorem moraſque nectentem, Falcidia mulctari, quod male Irnerius in *Auth. ſimiliter. C. ad L. Falc.* omiſerit, hoc rationem habere non video. Ait enim Imp. ceſſare Falcidiam, ſi heres ea, quæ ad pias cauſas relicta ſunt, non impleverit, *λέγων, τὴν καταλειφθεῖσαν αὐτῷ περιουσίαν μὴ ἀρκεῖν εἰς ταῦτα, dicens relictam ſibi ſubſtantiam non ſufficere ad iſta.* Quid eſt aliud, quod quilibet heres integra legata præſtare nolens, obtentu Falcidiæ detrahendæ proferre poſſit? ſi hoc allegans ſolida ſolvere cogitur legata, quid ni Falcidiæ diminutionem fruſtra dicamus opponi? Diſſentire videtur Sand. *l. 4. tit. 7. def. 10.* & Wiſſenb. *ad ff. h. t. th. 16. & 21.* Ceſſat quoque II. Falcidia in rebus alienari prohibitis, *N. 119. c. 12.* III. In rebus hereditati ſubtractis, *l. 24. in pr. h.* quarum quarta Fiſco vindicatur, *l. 6. de his, quæ ut indign.* Denique eſt adhuc a parte heredis ille caſus, III. ſi heres inventarium facere neglexerit, *N. 1. c. 2. §. 2.* Unde liquet, cum hodie inventarium rarius conficiatur, quia memoriæ defuncti ignominioſum habetur, non eſſe frequentem Legis Falcidiæ uſum moribus noſtris: Nihil tamen obſtat, quominus, ubi hereditas a teſtatore legatis exhauſta eſt, heres ſine ſcrupulo faciat inventarium, cogitans, ſi quid inde honos defuncti contrahat dedecoris, ipſius imprudentiæ id eſſe imputandum.

Tit. XXIII.

De Fideicommiſſariis hereditatibus.

Quid & quotuplex fideicommiſſum, ac unde ejus origo. De SCtis Trebell. & Pegaſiano. Confuſio utriusque SCti in unum, ejusque primum caput. Liberi an duplicem detrahant quartam. Alterum caput SCti. Tertium caput, de herede cogendo ad reſtituendum. De fideicommiſſo heredi coram injuncto.

(d) *Poſ. 10. & ſeqq.*

(a) DIctum de Elogiis Teſtatorum, quæ directe & per modum imperandi fiunt. Sunt etiam liberalitates, quæ in ultimis voluntatibus non niſi precario & indirecte collocantur, FIDEICOMMISSA quæ dicuntur. Eaque ſunt univerſalia, vel particularia. Univerſalia ſunt hereditates, quæ certorum hominum fidei, aliis perſonis reſtituendæ committuntur. Particularia nihil ſunt aliud, quam legata indirecta. Origo fideicommiſſorum memoratur in *§. 1. h. t.* Erant olim Romæ plures perſonæ incapaces, quibus aut nihil, aut non tantum relinqui poterat, quantum aliis, ut erant non modo igni & aqua interdicti, proſcripti, transfugæ, peregrini, ſed etiam feminæ, orbi, cælibes, ut apud Ulpianum *tit. 22. §. 2. & tit. 15. cum ſeq.* nec non apud Ciceronem *1. in Verr. & 2. de Finib.* declaratur exemplis. Quibus tamen hujusmodi perſonæ ad animum pertinebant, cum aperte nihil illis per leges relinquere poſſent, hi inſtituere ſolebant heredes amicos, in quorum conſcientia fiduciam habebant; quos tum ſecretis precibus rogitabant, ut perſonis incapacibus partem, vel omnia, reſtituerent. Hi, mortuis rogatoribus, in arbitrio habebant, utrum implere voluntatem defunctorum vellent, an retinere ſibi hereditatem; Neque enim perſonæ fideicommiſſæ actionem in foro movere poterant; Nec raro eveniebat, ut ſcripti heredes bona ſupprimerent. Id veteribus ſemper deteſtabile viſum. Tanto magis, quia plerique talium heredum fidem ſancte obſtrinxerant. Nemo tamen Reipublicæ temporibus jus publicum mutare poterat, fluctuavitque mos fideicommiſſorum inter exempla probitatis & perfidiæ, donec Imperator Auguſtus mutationem invexit, & Conſulibus auctor fuit, ut nominatos heredes cogerent fidei ſuæ commiſſis reſtituere hereditates, *l. 1. h. t.* Quod cum populo omnibusque bonis placeret, tantus paulatim fideicommiſſorum favor eſt factus, ut tandem Prætor in id unice crearetur, qui de fideicommiſſis jus diceret, quem fideicommiſſarium appellabant; imo Claudius duos conſtituit, qui teſte Tranquillo *cap. 23.* contra morem ſuum non darent judices pedaneos, ſed ipſi cognoſcerent & ſententias ferrent, *l. 178. §. 2. de V. S.* Ulpian. *tit. 25. §. 10.* Poſtea vero alius fideicommiſſorum uſus invaluit, ut inſtar ſubſtitutionis fungeretur; eo quod teſtatores rogabant ſuos heredes, ut hereditatem poſt aliquod tempus, vel conditione exiſtente, aut frequentiſſime poſt mortem ſuam, ſeu pure, ſive, ſi ſine liberis diſcederent, aliis reſtituerent, idque per plures gradus ſine fine modoque. Imo hic uſus poſtremo ſolus remanſit, quatenus hodie ſatis conſtat, non licere per fideicommiſſa quicquam relinquere perſonis, quas leges inhabiles & inteſtabiles eſſe volunt, ſive aperte in teſtamento ſcribatur fideicommiſſum, ſeu tacita rogatione fides heredis ſcripti devinciatur; nam quod palam rogatur, id pro non ſcripto habetur, quod clam, id in fiſcum redigitur, *l. 3. de his, quæ pro non ſcript. l. 1. & l. 2. §. 1. de jure Fiſc.* quod tot Pandectarum locis habetur ſcriptum, & eſt tam notæ doctrinæ, ut quando juris id ordinarii fuerit, ut perſonis incapacibus relicta præſtari neceſſe, legesque licitum fuerit eludere, non admodum imaginari poſſim.

2. (b) Relinquuntur fideicommiſſa in teſtamento, vel ab inteſtato. In teſtamento, quæ ſunt univerſalia, nituntur hoc fundamento, ut primum aliquis recto jure inſtituatur heres, qui ſcilicet rogetur, bona reſtituere tertio. Non valet igitur teſtamentum, ubi ſcriptum eſt ita duntaxat, *Rogo te Luci, ut hereditatem, cum primum poteris, Cajo Sejo reſtituas;* ſed præmitti debet, *Lucius Titius heres eſto.* tum rogatio ſubjungi, *§. 1. h. t.* Lucius heres primus, in quo teſtator collocat fiduciam, quod amici fidelis officium ſit impleturus, vocatur heres *fiduciarius*; alter, cui debet reſtitui, is eſt *fideicommiſſarius.* Hic autem jus ſuum a fiduciario conſequi debet: Proinde ſi hic moriatur ante Teſtatorem, fideicommiſſarius nihil habet quod petat, ſed Paterfamilias decedit inteſtatus, quia bona non poſſunt tranſire, devolvi & pervenire de primo in ſecundum, niſi mediante reſtitutione; reſtitui autem non poſſunt niſi ab eo, qui prius illa conſecutus eſt, *arg. §. 2. & 3.* Sand. *4. 5. 1. verſ. nam ex recepta &c.* Quoniam autem ratio eſt immota juris, quod is, qui ſemel eſt heres, nunquam deſinere poſſit heres eſſe, *l. 88. D. her. inſt.* ea res nec aliter ſe habere potuit in fideicommiſſis. Sed qui inſtitutus erat, is in perpetuum manebat heres, etſi bona atque hereditatem reſtituiſſet. Is vero, qui recipiebat hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur, ait Juſtinianus in *§. 3. h. t.* Quod eſt intelligendum, poſtquam SCta Trebellianum atque Pegaſianum conſtituta ſunt; namque ſub Auguſto, Ti-

(a) *Poſ. 1. 2. 3.* (b) *Poſ. 4. 5. 6. 7. 8.*

berio,

berio, Claudioque Imperatoribus, ille, qui rogabatur, non poterat non eſſe heres ſemper & indiſtincte, adeoque ille bonis quoque translatis, in fideicommiſſarium actiones hereditarias inſtituere, atque pati, convenire & conveniri debebat: quia non, ſicut res corporales, ita jura quoque & actiones translationem de perſona in perſonam, & quaſi de loco in locum recipiebant: hoc opus legis eſſe, ratio dictat, & videbimus *infra tit. de Mandat*. Igitur ex ſententia SCti Trebelliani, fideicommiſſarius heredis locum & jus tenebat, fiduciarius nomen duntaxat. Rurſus ex conſequentia Pegaſiani, fideicommiſſarius quaſi pro legatario habebatur.

3. (c) Scilicet, Trebelliano, quod factum eſt temporibus Neronis, Trebellio Maximo & Annæo Seneca Conſulibus, cautum eſt, ut actiones hereditariæ tam activæ quam paſſivæ, unà cum bonis & ſubſtantia hereditatis, in fideicommiſſarium tranſirent; cum ſatis incommodum eſſet, ut is, qui bona non habebat, onera tamen ſuſtineret: Actiones interim, quas fideicommiſſarius exercebat, non directe, ſed utiles ex SCto erant, ut hactenus ſaltem juris ſubtilitati ſatis fieret, quia contingere non poterat, ut is, qui inſtitutus non erat, heres proprie fieret, in *§. 4. h. t.* Atque ita quidem fiduciarius heres, ſolo reſtitutionis officio defungi poterat, neque moleſtiis litibusque hereditariis implicabatur; nihil tamen lucri percipiebat. Qua re paulatim compertum eſt, aliud naſci incommodum; nempe, ut heredes rogati, videntes nihil ſibi aliud in teſtamento relictum, quam miniſterium adeundi reddendique hereditatem, animos ita inducerent, ut plane huic rei ſe miſcere gravarentur, unde repudiatio & deſtitutio teſtamenti ſequebatur. Cui medendo incommodo factum, imperante Veſpaſiano, Senatus. C. Pegaſo & Puſione Coſſ. quod a Relatore dictum eſt Pegaſianum, quo cautum, ut heres rogatus aliis reſtituere plus quam dodrantem hereditatis, perinde quartam partem retineret, atque ex Lege Falcidia de legatis retinere conceditur, *§. 5. h.* Unde liquet, exemplo Falcidiæ hanc Pegaſianam eſſe repertam: quin veri-ſimile eſt, uſu fori Romani Quartam Falcidiæ ad Fideicommiſſa fuiſſe productam, etiam antequam Pegaſus retuliſſet; quia poſtmodum hæc Quarta fideicommiſſaria non Pegaſiana, ſed Falcidia nominari perſeveravit, ut *l. 11. de leg. 1. l. 30. §. 7. d. l. L. Falcid. §. 3. Inſt. Quib. mod. teſtam. infir.* Ex eodem SCto Pegaſiano, de fideicommiſſis ſingularibus Quarta detrahebatur, ut Juſtinianus *in d. §. 5.* de Pegaſiano agens, *Ex ſingulis quoque rebus*, inquit, *quæ per fideicommiſſum relinquuntur, eadem retentio permiſſa eſt.*

4. Quia autem ex Pegaſiano fiduciarius, (de hereditate loquimur) non titulum inanem, ſed & vitulum, ut loquimur, bonaque ipſa habebat, translatio actionum ex ſententia Trebelliani ceſſabat, eratque cum effectu heres; fideicommiſſarius autem etſi maximam bonorum partem conſequebatur, tamen quia heredis qualitas non in rebus, ſed in jure conſiſtit, pro herede haberi non poterat, quia duo heredes cum effectu nullo modo eſſe poterant. (d) Obtinebat igitur inter illos, quod ſemper juris erat, quando unus heres inſtitutus, alius magna ex parte legatarius erat: Hic enim partiarius dicebatur, & ſpecies legati partitio, teſte Ulpiano *tit. 24. §. 23. & tit. 25. §. 13.* Uſus igitur horum SCtorum nunquam pariter obtinebat. Sed alterutro fiduciarius debebat eſſe contentus. Igitur ſic obſervabant, ut ſi quarta pro fiduciario ex providentia defuncti ſalva foret, hereditatem ille ſecundum Trebellianum adiret, ut in utrumque actiones hereditariæ pro rata quartæ atque dodrantis darentur, in heredem jure antiquo, in fideicommiſſarium ex SCto. Si quarta non eſſet ſalva, fiduciarius uti ſolebat beneficio Pegaſiani, quartaque retenta, dodrante reſtituto, jus heredis exercebat; ne autem ſolus ferret onus æris alieni, cui reſpectu creditorum erat obnoxius, ſtipulationes eædem inter ipſos interponebantur, quæ ſolitæ ſunt inter emptorem venditoremque hereditatis intercedere; Fiduciarius ſtipulabatur, quantam pecuniam hereditatis nomine ſolviſſet, tantam ſibi a fideicommiſſario pro rata dodrantis reddi; Hic contra, quanta pecunia ad fiduciarium ex nominibus hereditariis aut aliunde perveniſſet, tantum ſibi pro ſimili rata dari, apud Ulpian. *tit. 25. §. 13.* Paul. *4. ſent. 3.* Theophilus *hic*, & *§. 6. h. t. l. 37. de Pecul. & l. 50. §. 1. de V. O.*

5. (e) Sed ut fit in communione & partitione onerum atque commodorum, frequenter ſuper his præſtationibus hinc inde controverſiæ oriebantur, adeo ut homo excelſi ingenii Papinianus, ſtipulationes illas diceret eſſe captioſas, teſte Juſtiniano in *§. 7. h. t.* qui tandem juxta ſe-

(c) *Poſ. 9. 10. 11. 12.* (d) *Poſ. 6.* (e) *Poſ. 13.*

Digitized by Google

ctam temporis ſui, *τοὺς τοῦ Πηγασιανίου περιόδους μισήσας τε καὶ ἐκβαλὼν*, ambages Pegaſianas odio habens & expellens, ut loquitur in *Nov. 1. cap. 1. §. 1.* doctrinam hanc duplicis SCti ad majorem ſimplicitatem & conſonantiam deduxerat, faciendo ex duobus SCtis unum. Quod effecturus, Trebellianum ut principale conſideravit: Pegaſianum abolevit, ejusque vim omnem in Trebellianum transfudit; etſi enim in Pegaſiano major utilitas, in altero tamen vis erat major, ſi quidem pluris eſt univerſi juris translatio, quam commodi alicujus pecuniarii attributio: Ideo quod principale fuit, hoc alterum ad ſe trahere debebat. Sententia autem SCti ita, ut nunc eſt, aucti, tribus fere conſtat articulis; primo, ut is, qui plus quam dodrantem hereditatis rogatus eſt reſtituere, tantum e bonis detrahere poſſit, quantum explendæ quartæ requiratur, idque tam per repetitionem, tradita hereditate, quam per retentionem. Alterum eſt, ut actiones hereditariæ tam activæ quam paſſivæ, inter fiduciarium & fideicommiſſarium, pro rata quartæ atque dodrantis dividantur. Tertio, ut fiduciarius recuſans hereditatem adire, ad hoc & ad reſtitutionem compellatur. Hæc ſunt capita, quæ memorantur in *§. 7. h. t.*

6. (f) Quod attinet ad primum, detractio fit ſimpliciter in fideicommiſſis primitivis, quæ ſtatim reſtituuntur, qualia nunc raro frequentantur: quis enim teſtatores hodie audit ita loquentes; *Titius heres eſto, rogo te Titi, ut hereditatem mox Cajo reſtituas?* Sed in fideicommiſſis, quæ reſtitutionem in tempus longum, & plerumque ſub mortem differunt, fructus interim ex hereditate percepti cum quarta compenſantur, *l. 18. §. 1. ad Sc. Trebell.* niſi cum pater aut mater filium filiamve reſtitutione prægravarunt, quibus detractio Quartæ non ex reditibus, ſed ipſa bonorum ſubſtantia debetur, *l. 6. pr. & §. ult. C. de Sc. Trebell.* quos autem ſupra quartam fructus perceperunt, ad hos fiduciarii reſtituendos nulli tenentur, *d. l. 18. in pr. niſi mora facta eſt, aut cum quis ſpecialiter fuerit rogatus & fructus reſtituere*, ut ſcriptum eſt *ibidem.* Rogatio vel expreſſe fit, vel tacite. Expreſſe quomodo fiat, per ſe patet; Tacite variis modis, veluti, quando hereditatem cum incremento reſtituere juſſus eſt, *l. 63. §. 4. h.* vel ſi dixerit teſtator, *quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis ad eum pervenit, eam pecuniam omnem reſtitui volo*, l. 32. h. t.

(f) *Poſ. 21. 22.* (g) *Poſ. 24.*

SCHOLIUM.

Imo in hoc caſu fructus non reſtituentur, per expreſſos textus Modeſtini in l. 83. de Leg. 3. *& Papiniani in* l. 57. pr. ad Sc. Trebell. *Quibus tamen non obſtat reſponſumCelſi ab Autore hic citatum in* l. 32. eod. *quippe in quo ratio decidendi latet in voce* DE bonis meis, *& in voce* PECUNIAM; *adde* Wiſſenbachium d. th. 7.

RESPONSIO.

Tu igitur diſtingue formulas tacitæ rogationis. Hæc verba; Quicquid ad eos ex hereditate boniſque meis pervenerit, *non afficiunt fructus*, l. 57. ad Sc. Trebell. l. 83. de legat. 3. *ſecus hæc;* quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis, d. l. 32.

Denique Papinianus docet in *l. 3. §. 2. de uſur.* eum, *qui rogatus eſt poſt mortem ſuam quicquid ex bonis ſupererit, Titio reſtituere*, videri etiam ut fructus reſtituat, eſſe rogatum, cum qua confer *l. 58. §. pen. D. h. t.* ubi hæc verba, *Quod ex hereditate ſuperfuiſſet*, fructus non comprehendunt. Bona fructus dicunt, hereditas fructus non ſignificat.

7. (g) Quartam igitur veteres ſufficere exiſtimarunt, quaſi pro redhoſtimento hereditatis reſtitutæ, tunc deducendam, quando non erat ſalva. Nam ubi illa heredi, titulo inſtitutionis, aliove ſuppetebat, amplius de Quarta οὐδεὶς λόγος erat, & termini habiles deficiebant, quia dodrantem fideicommiſſario reſtituere debebat; quem non erat præſtiturus, ſi jam habens quartam, adhuc pro quarta deducere poſſet; idque nec aliter in liberis a parentibus gravatis ſervari, indicat *l. 6. in fin. pr. C. h. t. & l. 11. C. ad L. Falc.* Alienam igitur oportet eſſe a jure civili ſententiam, conſenſu Doctorum & valida praxi ubique receptam; quod a Parente rogatus hereditatem reſtituere poſt mortem ſuam, jus habeat capiendi legitimam, qua filius eſt, & Quartam Trebellii, quatenus eſt gravatus. Moveri ſolet a diſſentientibus, quod & alias geminæ deductiones in jure memorentur, velut in *l. 67. ad L. Falcid.* quod ego in iſtac ſpecie non puto: Heres deducit ibi, ſcilicet quartam Falcidiam, & ſi tum adhuc plus ſit relictum, quam per Juliam & Papiam licet, hoc quoque deducit. Sed non eſt deductio, legati per leges imminutio, quia non plus ipſo jure legatum intelligi poteſt, quam per leges ſit lici-

tum.

tum. Nec niſi unicam detractionem in *l. 3. §. 2. h. t.* intelligimus, ubi heres & a legatis & a fideicommiſſis, quartæ jus habet deducendæ, adeoque Falcidiæ & Trebellianicæ; Reſponſio enim facilis, heredem ab univerſa hereditate, quam & fideicommiſſo & legatis exhauſit teſtator, quartam deducturum, quatenus eſt gravatus; quam ſimplicem eſſe & uniformem deductionem, res ipſa loquitur. Verum eſt, legitimam & Quartam fideicommiſſi, deſcendere ex alio atque alio jure, legitimam ex jure Naturæ, Trebellianicam ex Sc̃to, unde alteram alteri non obeſſe conſequeretur, nec prohiberi filium diverſa adeo & diſcrepantia jura pariter exercere. Idque non ſine ſpecie diceretur, niſi hæ duæ detractiones ſe invicem everterent, unaque alteri terminos habiles adimeret, quod facit legitima Trebellianicæ, ſiquidem hæc non aliter competit, quam ubi quarta non eſt ſalva; ſed qui habet legitimam, is, hodie præſertim, multo quidem plus habet. Plura, quæ proferuntur, ut quod legitima ſit æs alienum, ſimiliaque, refutatione vix indigent. Conſtat interim, praxin hac parte jus Romanum ſubegiſſe, adeo ut ne Parentes quidem, legitima liberis relicta, Trebellianicæ detractionem prohibere poſſint, quod extra reſpectum legitimæ, jure Civili tam novo quam veteri, ſine dubio licet, *arg. N. 1. c. 2. §. 2.* Sande 4. 7. 3.

8. (h) Alterum caput Sc̃ti eſt, quod actiones atque onera hereditatis, ſcinduntur inter heredem & fideicommiſſarium pro rata, ut heres ſolvat æs alienum pro quarta, niſi rem, vel ſummam certam, loco quartæ a teſtatore juſſus ſit retinere; quo caſu rem illam inſtar legati habet liberam, etſi quartam longe excedat, imo licet maximam bonorum partem exhauriat, quia ſecum conſtituere debet fideicommiſſarius, utrum ſibi ſuſcipere hereditatem ea conditione, an repudiare expediat, ut latius in *§. 9. h. t.* aut ſaltem conficere poteſt inventarium, ne ultra vires hereditarias teneatur, *§. 5. I. de Hered. qual.* tunc enim creditores ad fiduciarium ſe conferent; quem nihil ex hereditate, niſi dimiſſis creditoribus, lucrari poſſe certum eſt. Forte autem ne quidem citra inventarium, fideicommiſſarius ultra quam ad ipſum pervenit, legatariis tenebitur, herede fiduciario cæterum obligato, per ea, quæ tradit Ulpianus in *l. 1. §. 17. ad Sc. Trebell.* At de legatis quid juris erit, an horum quoque præſtatio ſcinditur inter fiduciarium atque fideicommiſſarium? Si nihil præter quartam penes heredem remaneat, ea quidem per legata minui non debet; quia ſic conſtitutum eſt, ut per teſtatorem quarta pars bonorum ſalva ſit heredi, neque plus dodrante ſeu legatis ſeu fideicommiſſis, exhauriatur. Atque ita Julianus ſcribit apud Ulpianum in *l. 1. §. ult. h. t.* ſi is, qui quadringenta in bonis habeat, trecenta legaſſet, & hereditatem Sempronio reſtitui rogaſſet; centum, quæ faciunt quartam, deductis ab herede, legatorum actionem totam in fideicommiſſarium dari. Atqui Philippus in *l. 2. C. h. t.* reſcripſit, ad eum, cui ex Trebelliano Sc̃to pars hereditatis reſtituitur, legatorum præſtationem *pro competenti portione* ſpectare; idque juris eſſe indubitati. Eſt ita, ſi non totum, quod poteſt teſtator, ſed partem duntaxat, adeoque minus dodrante reſtitui jubeat; tunc enim pro rata partium, quæ apud utrumque reſident, legata ſcinduntur, ut tamen nunquam minus Quarta apud fiduciarium relinquatur, quod & Julianus auctor eſt in *d. l. 1. §. penult. h. t.*

9. (i) Tertium caput Sc̃ti, quaſi ſanctionis vicem obtinens, eſt, quod heres fiduciarius hereditatem adire, atque ei, cui rogatus eſt, ſi ſponte nolit, reſtituere cogitur, *d. §. 7.* Fieri enim poteſt, ut vel timens negotia, aut vexationem, vel æris alieni cumulum, miſcere ſemet rebus alienis gravetur, quo caſu etſi difficulter aliquis ad ejusmodi factum poſſit compelli, Prætor tamen ſuas partes interponit, heredemque etiam, ſi neceſſe, captis pignoribus, adigit, ut officio adeundi reſtituendique, ſine onere tamen ſuo, & quaſi dicis gratia, fungatur; nempe ut fideicommiſſarius curet æs alienum omniaque negotia hereditaria, ipſe præter nudum juris miniſterium nihil omnium attingat, nihil etiam lucri, adeoque nec Quartam percipiat, quemadmodum Ulpianus πραγματικῶς docet in *l. 4. h. t.* cui addit Marcianus, eum etiam, qui magna præditus eſt dignitate vel auctoritate, viliſſimi cujusque, etiam harenarii vel meretricis hereditatem, adire atque reſtituere cogi, *l. 5. h. t.* quin etſi alio loco, inde procul, ubi habitat, juſſus ſit adire, voluntatem defuncti implere debet, *l. 6. §. ult.* ut tamen impendia & vacationum utilitates ei præſtentur, neque etiam morbo implicitus proficiſci cogatur, multo minus conditioni, quæ diſpliceat, parere, veluti ut nomen teſtatoris veſpillonis ferat, *l. 7. eod.* Petenti tamen ſpatium

(h) *Poſ. 18. 19. 20.* (i) *Poſ. 14. & ſeqq.*

Digitized by Google

tium deliberandi conceditur, *l. 9. §. 1.* modo ne nimis longum, ne prius decedens fideicommiſſarium decipiat, *l. 13. §. 3. h.* Quod ſi major magiſtratus ſit inſtitutus & rogatus, qui ab alio magiſtratu compelli nequeat, Principale auxilium implorandum eſt, *d. l. 13. §. 4.* Debet autem reſtitutio fieri, quando dies legati cedit, hoc eſt, eo tempore, quo teſtator hereditatem ad fideicommiſſarium pervenire voluit; quæ res pluribus eſt obſepta difficultatibus, quam ut hoc loco abſolvi queat, Scholiaſtes eam quoque latius proſecutus eſt; ſed nos eam rejiciemus ad *usque Pandectas, titulo, Quando dies legat. & fideicomm. cedat.* Prorſus igitur repudiare non licet, quin coactioni ſubjectus ſit heres, *l. 14. §. 1.* ſi fideicommiſſarius eum cogere ſuperſederit, ac interim ille ſit mortuus, hereditas ad legitimos defertur cum onere fideicommiſſi, *l. 2. §. ult. de ſuis & legit. hered.* ſed ſi fiduciarius neque repudiaverit, neque compulſus adierit, ac interim ſit mortuus, heres ejus etiamnum compelli poſſe videtur; *cur enim recuſaret, quod recuſare non potuit is, cujus hereditatem ſuſcepit*, ait Marcellus in *l. 44. h. t.*

SCHOLIUM.

Loquitur equidem l. 44. *non de herede fiduciarii, ſed fideicommiſſarii. Interim tamen argumento* d. l. 44. *verbis:* cur enim recuſaret &c. *poterit hæc aſſertio probari. Probabitur etiam argumento* l. penult. §. 1. C. ad Sct. Trebell. *quod facit* Wiſſ. ad ff. de Sct. Trebell. th. 10.

Quod ſi nullum ſucceſſorem reliquerit fiduciarius, utiles actiones ipſo jure transeunt in fideicommiſſarium, ex conſtitutione Juſtiniani in *l. pen. §. 1. C. h. t.*

10. Reſtitutio non tantum fit poſſeſſione translata, ex mutuo conſenſu; ſed etiam patientia heredis, concedentis fideicommiſſarium res hereditarias vel omnes vel aliquas earum poſſidere, hac mente tamen, ut vellet reſtituere, & ille ſuſcipere, non ſi ex alia cauſa. Sed & ſi verbo dixit, ſe reſtituere, vel per epiſtolam, vel per nuncium, hereditas pro reſtituta habebitur, actionesque ipſo jure tranſibunt, *l. 37. in pr. h. t.* niſi heres ante reſtitutionem pignus acceperit; quippe illius nomine actio hypothecaria non tranſit, niſi mediante ceſſione, ad quam tamen heres compelli poteſt; idque etiam obtinet, tametſi contractus, propter quem pignus acceptum eſt, a defuncto fuerit initus, *l. 73. h. t.* attamen contra fidejuſſorem, quem heres a debitore hereditario ante reſtitutionem accepit, tranſeunt immediate actiones in fideicommiſſarium, *l. 21. pr. D. fidejuſſ.* ſimiliter pecuniam defuncto debitam, & ſibi conſtitutam, heres poſt reſtitutionem ex Trebelliano petere non poteſt, quia principalem obligationem tranſtulit ad alium, ait Paulus in *l. 22. π. Conſt. pecun.* Differentia igitur num forte ſtatuenda inter pignus hypothecamve, aliosque contractus, an dicemus in *dd. ll. 21. & 22.* contractus fuiſſe initos *κληρονομίας ὀνόματι*, ut Baſilici notant, nomine hereditatis, & *l. 37.* nomine proprio heredis? quod facilius videtur. Si nomine hereditario, translatio ſit ipſo jure; ſi ſuo, debet cogi ad ceſſionem faciendam.

11. Coactionis illius ratio, cum toto hoc titulo a JCtis tam *πραγματικῶς* tractetur, quemadmodum ſupra monſtravimus, non eſt dicendum, heredem fiduciarium præſtando id quod intereſt poſſe defungi, ſed omnino ad ipſum aditionis factum a Magiſtratu adigetur; tamen ſi quis adeo ſit contumax, ut neque captis pignoribus, neque multæ dictione ad parendum Prætori poſſit adduci, res loquitur, fieri non poſſe, uti ad factum adeundi cogatur, ſed in locum facti illius implendi, ex jure ordinario ſequitur actio in id quod intereſt, *§. ult. Inſt. de V. O. l. 72. ff. eod.* interim hereditas nihilo minus pro adita, poteſtate juris habebitur, actionesque tranſibunt; ne pervicacia fiduciarii teſtatorem faciat inteſtatum, *argum. cit. l. pen. §. 1. C. ad Sc. Trebell.* Quod ſi pareat compulſioni, ac interim is, a quo coactus eſt, deceſſerit, heres ejus hereditatem actionesque ſuſcipere cogitur, *l. 44. in pr. ad Sc. Trebell.* ſi heredem ille non habeat, adeoque non ſit cui fiat reſtitutio, tum petere poteſt, ut bona hereditaria vendantur; aut creditores id, petita ſeparatione, impetrare poſſunt, *l. 1. §. 6. de Separat.*

12. (k) Qui coactus, ita ut diximus, adit atque reſtituit hereditatem, expers eſt omnis lucri, expers omnis oneris, in ſæpe *d. l. 4. h. t.* Culpam nihilominus, quam præſtant fideicommiſſarii, luere debebit, ſed eam duntaxat, quæ dolo proxima eſt, *l. 22. §. 3. h. t.* tametſi legatarium de leviſſima quoque teneri, ex *l. 47. §. pen. de legat. 1.* dictum ſit alibi; quia legatarius rem alienam poſſidet, atque fiduciarius interim do-

(k) *Poſ. 16.*

minus

Digitized by Google

minus eſt, atque etiam alienare poteſt, ad valorem quadrantis ſui indiſtincte, *l. 3. §. 3. h. t.* ac inſuper dotis, vel donationis propter nuptias liberis ſuis faciendæ gratia, ex *Auth. res quæ. C. comm. de legatis.* quod recte Interpp. ita monent temperandum, ut de ejusmodi dotibus, nuptialibusque donationibus, quas præſtare debuiſſet teſtator, aut fuiſſet præſtiturus, intelligantur; de liberis enim loquitur Authentica. Si vero, *quod ex bonis* poſt mortem *ſuperfuerit*, reſtituere ſit rogatus, jure noviſſimo conſtitutum eſt, eum jus habere diminuendi atque alienandi usque ad dodrantem, ſolo quadrante neceſſitati reſtitutionis ſubjecto: idque nec ſine exceptione: videlicet dotis, donationis propter nuptias in liberos conferendæ, redemptionis captivorum, neceſſariique alimenti gratia, in *Auth. Contra. C. h. t.* Si quid tamen mala fide contraque boni viri arbitrium ſit conſumptum, id repeti poteſt a fideicommiſſario; qui etiam attendere debet, ne impenſæ & erogationes fiduciarii ex hereditate factæ, ſoli fideicommiſſo imputentur, ſed pro rata patrimonii, quod heres proprium habuit, diſtribuantur, *l. 45. h. t.* Quocirca res poſtulat, ut heres de ſuperfluo tantum rogatus; atque etiam, ut fieri ſolet, remiſſa vel prohibita inventarii confectione, qualemcunque tamen bonorum deſcriptionem, ſumptibus fideicommiſſarii petentis exhibeat, ex qua conſtare aliquando poſſit, de qualitate & quantitate rerum hereditariarum, de proportione Quartæ & diſtributione impenſarum, idque uſu ſervatur, teſte Sandio *lib. 5. tit. 3. definit. ult. in fine.* Huc etiam pertinet cautio, quam heres præſtare debet, ſe fideicommiſſum tempore, quo rogatus eſt, reſtituturum, *l. 1. & tit. ff. ut legat. vel fideic. nom. cav.*

13. (l) Creberrima uſu ſunt fideicommiſſa conditionalia, quibus rogatur heres conditione aliqua exiſtente, hereditatem reſtituere; maxime *ſi ſine liberis decedat*, qua pendente, palam eſt non poſſe eum cogi ad reſtituendum, *l. 27. §. 4. h. t.* quin ſi velit, rem interea alienare poteſt, *l. 48. §. ult. de jure Fiſci.* Quod ſi fiduciarius conditionalis repudiet hereditatem, non eſt alius exitus, quam ut fideicommiſſarius eam, ſi velit, ſuſcipiat, actionesque ipſo jure quaſi translatas exerceat, ſecundum *d. l. pen. §. 1. C. ad Sc. Treb.* Imo aliquando, etiamſi exiſtat conditio, non eſſe compellendum heredem, æquitas & favor pietatis ſuadet; Nimirum, ſi pater filium, uti poſt mortem Titio reſtitueret hereditatem, rogaverit, filioque dein proles ſit nata; mortuo filio, non fiet reſtitutio, ſed bona penes liberos defuncti, qui ſunt nepotes teſtatoris, remanebunt, quoniam avus eo creditur affectu erga nepotes fuiſſe, ut additamentum conditionis, *ſi filius ſine liberis moreretur*, tacite intellexiſſe videatur, *l. 102. de C. & D. l. 30. C. de Fideicomm.* Quæ conjectura deficit, ſi filius tempore facti teſtamenti, quo fideicommiſſum eſt conditum, liberos habuerit, eosque vivere avus non ignoraverit; Proinde in ea ſpecie fideicommiſſum nihilominus reſtituetur extraneo, deducta Quarta Trebellii, aut potius ſecundum hypotheſin juris noviſſimi, Legitimæ, imo, ut pragmatici volunt, utraque. Denique non licebit, quod de avo reſpectu nepotum diximus, vel patrum erga filium, transferre ad fideicommiſſum, quo filius parentem heredem obligaverit; neque hoc, liberis poſtea inſtituto parenti natis, intercidere dicendum eſt, *arg. l. 7. §. ult. ſi tabb. teſtam. nullæ ext. & l. 15. de inoff. teſtam.*

14. (m) Tribus itaque capitibus iſtis abſolvitur hodie SCtum Pegaſiano-Trebellianum. Quod etſi de univerſa hereditate ut plurimum loquatur, de parte tamen æque omnia intelliguntur, *§. 8. h.* de parte videlicet aſſis. Nam de ſingulis rebus fideicommiſſo gravatis ſequenti capitulo agetur. Præterea ſciendum, etiam heredem ab inteſtato fideicommiſſo poſſe gravari, *§. 9.* Nam etſi nihil a teſtatore, ſed omnia a Lege accipere videatur, cui ſit conſequens, eum a teſtatore neutiquam poſſe onerari, *l. 9. C. de Fideicomm.* re tamen ſolide examinata, non poteſt non a defuncto honoratus cenſeri etiam is, qui ab inteſtato ſuccedit: Lex enim hereditatem ipſi defert ex præſumpta defuncti voluntate & affectu, qui ſanguine proximis præ cæteris bene voluiſſe exiſtimatur ſuaque illis bona deſtinaſſe, quia non alios, quemadmodum poterat, ſcripſit heredes, *l. 8. §. 1. de jure codic. l. 1. §. 6. de Leg. 3.* Etenim ſemel receptis fideicommiſſis, magis magisque, ut in noviter repertis fieri amat, amplificata ſunt, & producta ad caſum inteſtati, quin etiam eo ut fideicommiſſarius rurſum fiduciarius fieret, isque, cui reſtituta hereditas, eandem totam, vel pro parte, alii reſtitueret. At vero non tota vis SCti in ipſo iterum exercetur, ſed veteris tantum Trebelliani; poteſt

(l) *Poſ. 25.* (m) *Poſ. 26. & ſeqq.*

Digitized by Google

eſt enim cogi ad reſtituendum, & actiones ab ipſo in novum fideicommiſſarium transeunt, *§. 11. h. l. 1 §. 8. h. t.* ſed quarta, quam Pegaſus olim dabat gravatis, non conceditur huic ſecundo fiduciario; cum, quia ſic hereditas nimis extenuaretur, tum quod ceſſat ratio præcipua, quia tum non eſt periculum, ne teſtamentum deſtituatur, ſemel adita hereditate, *l. 47. §. 1. ad L. Falcid. & l. 22. §. ult. h. t.* Excipitur, *niſi liberalitatem tantum ad priorem fideicommiſſarium heres voluit pertinere*, ut Neratius ſcribit apud Ulpianum in *l. 1. §. 19. ad Sc. Trebell.* hoc eſt, niſi primus fiduciarius detractionem quartæ remiſerit, in favorem primi fideicommiſſarii, tum hic integram hereditatem ſolita detractione minuere poteſt; item ſi primus heres adire ex Trebelliano coactus, totam fideicommiſſario tradiderit; tunc enim ille ſecundo fideicommiſſario eam reſtituens, quartam habet deducendam, *l. 55. §. 2. eod.* Imputari autem poſſe fideicommiſſario ſecundo detractionem a primo herede factam, dubio carere debet, per *l. 78. §. 11. h. t.* Sed & ſæpius fieri poteſt repetitio fideicommiſſi; imo nihil uſitatius eſt, quam ut per compendium deſcendentes onerentur, ut fiat perpetuum per omnes gradus commiſſum. Quo tamen caſu placuit, quando ſimpliciter deſcendentes onerati ſunt, vim rogationis ultra quartum gradum, ſive generationem a teſtatore computandam, non extendi; quod Interpp. ex Nov. Juſtiniani CLIX. collegerunt, ubi teſtator heredes rogaverat, ut bona ſuis filiis ac nepotibus reſtituerent, addito interdicto, ne ex ſuo nomine familiaque domos alienarent. Reſpondent in *cap. 1.* Imperator, fideicommiſſum & prohibitam alienationem, eſſe perſonale duntaxat onus, non reale, neque ultra filios atque nepotes produci.

15. Ex quo diſcimus, ſi perſonæ ſint expreſſæ, quarum intuitu fideicommiſſum ſtatuitur, licet addat teſtator, ſe nolle, ut res e familia ſua alienentur, eam prohibitionem non ulterius quam ad eaſdem pertinere perſonas; quia tum clauſula iſta prohibitæ alienationis, non ſtat per ſe, ſed acceſſoria eſt præcedentis fideicommiſſi, Sand. 4. 5. 20. Præterea teſtator in *d. N. 159.* codicillis nepoti ex filio reliquerat domum luculentam, cum interdicto alienandi, tam ipſius, quam ſucceſſorum ejus reſpectu, addito, ſe illam, *per omnia & perpetuo velle permanere in familia ſua, neque unquam de ſuo nomine egredi.* Nepote mortuo, hujus filius, pronepos teſtatoris ſucceſſit, qui filiæ ſuæ pupillariter ſubſtituit matrem & uxorem, alienas a familia primi teſtatoris. Ideoque Alexander, proximus ex eadem familia, domum illam cum annexis a matre aviaque infantis mortui evincebat. Decidit Imperator in *cap. 2. Hujusmodi quæſtiones poſt quatuor demum generationes moveri, id ſcrupuloſa diligentiâ plenum videri.* & mox; *quod quatuor jam generationes præteriiſſe viderentur, hanc ſuſtineremus tam obſoletam cauſam denuo tradi judiciis.*

16. Ex his advertendum putamus, primo computationem quatuor graduum non eſſe faciendam juxta numerum poſſeſſorum, ut opinari aliquos vidi, ſed generationum ſimpliciter. Ideoque fieri poſſe, ut prohibita alienatio ceſſet, ubi non fuerunt quatuor Poſſeſſores; quemadmodum heic, tres tantum poſſederant domum fideicommiſſam; nepos, pronepos, abneptis. Contra evenire poteſt, ut quatuor vel plures fuerint poſſeſſores; neque tamen exſpiraverit prohibitio, ut ſi fratres plures ſucceſſive id habuerint, hi omnes pro uno gradu, quemadmodum ſunt, haberi debeant.

17. Secundo, vix videri locum eſſe reprehenſioni, qua Cujacius notat Pragmaticos, qui ex *d. Novella* generaliter ſtatuunt, prohibitiones ſimplices & fideicommiſſa realia, non niſi ad quartum usque gradum produci: verum quidem eſt, in ſpecie ibi propoſita, rem extra familiam teſtatoris mediante pupillari ſubſtitutione eſſe delatam, ſanctionemque Imperatoris ad ſimiles controverſias proprie ſpectare, ut *ex cap. ult.* videmus, ubi, *Atque hæc*, inquit, *non tantum præſentis cauſæ deciſio eſto, ſed & reliquarum, in quibus hujusmodi prohibitione facta, tot ſucceſſiones præterierint: & ultimus heredum, per intervenientem aliquem in medio impuberem, hereditatem capeſſat.* Sed etſi non fuiſſet ſubſtituta mater, tamen idem juris futurum fuiſſe, docet expreſſe Imperator in *cap. 2.* his verbis; *unde tametſi teſtamentum*, (in quo ſubſtitutio pupillaris facta erat,) *ille non feciſſet, ſuburbium tamen ad matrem ejus perveniſſet; non pupilla, ſed ipſa quodammodo lege horum cauſa exiſtente*, hoc eſt, ab inteſtato; quoniam antea dixerat, id genus quæſtiones ultra quatuor generationes non eſſe producendas. Utique, ſi non plane poſt tot gradus interdicta illa evaneſcerent, ne per ſubſtitutionem quidem enervari potu-

potu-

potuiſſent: nam per alienationem prohibitam etiam teſtamenti factionem ſublatam eſſe, tralatitium eſt.

18. (n) Cæterum, etſi fideicommiſſa in tantum a primæva ſua natura receſſerint, ut non amplius a fide heredum rogatorum, ſed a numero ſolenni teſtium, ut reliqua ultimarum voluntatum, pendeant, herede etiam ignaro, manſit tamen veſtigium priſtinæ fideicommiſſionis eo caſu, quando conſtat, heredem ipſum a defuncto coram rogatum, ut hereditatem, ejusve partem, aut rem certam, alii reſtituat. Etſi enim tunc non adfuerint quinque teſtes, qui alioqui in fideicommiſſis, ut in omnibus ultimarum voluntatum ſpeciebus minus ſolennibus, requiruntur, *l. ult. §. ult. C. de Codicill.* nihilominus heres compelli poteſt ad implendam defuncti voluntatem, ſi modo teſtes, quot ſufficiunt ad probationem rei geſtæ, adfuerint, hoc eſt, duo vel tres, tam mares quam feminæ; aut ſi nulli adfuerint, modo heres fateatur, ſe eſſe rogatum: Nam effugium, quod ſolennia ſint omiſſa, nihil eum adjuvat, quia placuit in fideicommiſſis ea non aliter deſiderari, quam ſi heres non ſit rogatus. Hoc ſi factum, tenetur heres velut ex contractu fide data. Quod ſi rogatum ſe neget, neque teſtes adfuerint, nihil aliud ſupereſt quam religio jurisjurandi, quod is, qui ſibi reſtituendam eſſe ait hereditatem, illi defert, præſtito prius calumniæ juramento, quæ omnia jure veteri admodum conſentanea, ſtatuit Juſtinianus in *§. ult. h. t. l. ult. C. de Fideic.* neque non uſu fori obſervantur; teſte Sandio *lib. 4. tit. 5. defin. 18.* quem vide, ut & Vinnium *hic.*

Tit. XXIV.

De ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.

(a) ATque hæc de univerſalibus fideicommiſſis dicta ſufficiant; *De ſingulis rebus per fideicommiſſum* relictis, eſt etiam caput in Inſtitutionibus; ſed quæ ad hoc pertinent, ea paucis explicari poſſunt. Cum enim per omnia legatis adæquatum ſit particulare fideicommiſſum, eo ſenſu, quo diximus *ad tit. de legat. a pr.* ea, quæ *ſuperius* de legatis fuſe dicta ſunt, *ἀπὸ κοινοῦ* facile erit repetere & applicare.

2. Termini tamen, adeoque res adhuc ſunt diverſæ, Legata & Fideicommiſſa; nam quod verbis directis & imperativis relinquitur, Legatum dicitur; quod obliquis & precativis, hoc eſt Fideicommiſſum, *§. ult. h.* nec memini, qua parte receſſerim heic loci a meis *ſupra* dictis, ut ſcholiaſtes notat, nec quid ſit, admonet. Particulare igitur eſt, quando quis alii rem certam rogatur reſtituere, veluti fundum, argentum, hominem, veſtem & pecuniam numeratam, in ſpecie ſcilicet, hunc vel illum fundum, hominem, & cætera, vel etiam plures fundos, homines, aut argentum, veſtem vel pecuniam. Etſi enim generali vel univerſali complexione quarundam rerum fuerit uſus teſtator, eſt tamen ſingulare fideicommiſſum, quoties hereditas vel pars aſſis non rogatur reſtitui. Neque tantum heres de re ſpeciali poteſt rogari, ſed & legatarius & particularis fideicommiſſarius, *§. 1. h. l. 4. C. de fideic.* & mortis cauſa donatarius, *l. 77. §. 1. de leg. 2.* Cui eſt conſequens, quod etiam a legatario legatum hodie poſſit relinqui, perinde ac fideicommiſſum: ſi quidem nulla inter hæc duo ſupereſt differentia; contra quam olim, *in fine pr. h. t.* Ulp. *tit. 24. §. 19.* Gaj. *lib. 2. tit. 7.* Legari quoque res alienas uti diximus, ita & recte per fideicommiſſum relinquuntur, ut heres aut legatarius rogetur eam redimere, & alii præſtare, iidemque de ſuis rebus & propriis rogari poſſunt, modo ne teſtator plus oneris exigat, quam ipſe lucri & honoris adſcripſerit, *§. 1. h. t.* Nam ſi hæc fecerit, etſi Heres legatum ſibi relictum agnoverit: tamen ad plus aliis præſtandum, quam ipſemet acceperit, non tenetur, *Nam quod amplius eſt, inutiliter relinquitur*, ait textus hoc *§. 1.* Quin imo nec heres ipſe de legatis ultra vires hereditarias unquam tenetur, *l. 1. §. 17. ad Sc. Trebell.*

3. (b) Plane, quod ad effectum, nihil legata & hæc fideicommiſſa diſcrepare animadvertimus, niſi quod in libertate relicta, id quod olim intererat, hodieque ſupereſſe videatur; nempe quod ſervus, cui directe legatur libertas, fiat immediate liber ex teſtamento, ac ita libertus *orcinus;* cujus Patronus ſit in orco, vel Charonites

(n) *Poſ. ult. tit. ſeq.*

(a) *Poſ. 1. 2. 3.*

(b) *Poſ. 5. & ſeqq.*

ſive χαρωνιακός, ut Theoph. cujus manumiſſor cymba Charontis ſit transvectus, pari forma ac olim Senatores, qui ab Antonio quaſi e commentariis Cæſaris erant allecti, dicebantur *Orcini*, Sueton. *Aug. c. 35.* Plutarcho in *vita Antonii*, χαρωνῖται, *Charonitæ*, quia Græci Charontem norunt, Orcum non appellant. At quibus per fideicommiſſum relinquitur libertas, hi ab herede rogatu teſtatoris debent manumitti, & ſic ipſius ſunt liberti, ut is habeat jus ſuccedendi ab inteſtato, petendique bonorum poſſeſſionem contra tabulas, prout omnes Patroni, *§. 2. l. 7. C. de fideic. lib.* quanquam operas a tali manumiſſo exigere non poteſt, *l. 29. de bonis libert.*

SCHOLIUM.

At quid ſi teſtator dixerat, Titius heres Davum manumittere damnas eſto. *Verborum formula Legatum id eſſe indicat. An vero & hic ſervus libertatem ipſo jure accipiet? Non puto, id enim defunctus noluit; Ergo patet, deciſionem* d. §. 2. Inſtit. de ſing. reb. fideicommiſſ. rel. *non a differentia legatorum & fideicommiſſorum, ſed aliunde petendam eſſe.*

RESPONSIO.

Unde igitur? Ex eo haud dubie, quod naturalis ſignificatio verborum nunquam abolita fuit, verum ſemper juſtam retineat interpretationem. Quando igitur Teſtator ita loquitur, ut factum heredis neceſſario interveniat, tunc ipſo jure quod voluit, impleri non poſſe res loquitur. Ita fit in legato damnationis, æque ac in fideicommiſſo, & hinc eadem utrobique ratio.

N. ADDIT.

Et ſufficit adeo, quod ex ipſa hac Autoris expoſitione mentis meæ conſtet, verum eſſe, quod dixeram, deciſionis in d. §. 2. *rationem aliunde petendam eſſe, quem a differentia legatorum & fideicommiſſorum.*

Sed hæc differentia, ſublatis ſervitutibus & manumiſſoribus, ſponte evaneſcit, neque vero differentia iſta transferendi ipſo jure legata, non æque fideicommiſſa, tuto ad res alias producetur; etenim quo minus hæ per fideicommiſſum relictæ, minus ipſo jure quam legatæ res acquirantur, ſecundum *l. 1. de leg. 1.* nihil profertur. Alia manet, ea quam modo collocavimus ex *§. ult. de fideic. hered.* fideicommiſſum præſente & audiente herede relictum, nullam aliam ſolemnitatem quam ipſius conſcientiam, vel teſtes duos requirere, quod de legato dici nequit, ſiquidem ad heredem verba referri & dirigi debent, ut ſolennitas remiſſa intelligatur: at eo modo conditur fideicommiſſum, quod in ſe & conceptione verborum adhuc a legato differre, effectibus duntaxat confuſis, *ſupra* oſtendimus: Ideoque ſanctio *d. §. ult.* ad legata non pertinet.

SCHOLIUM.

Ad legata tamen etiam d. l. fin. C. de Fideicomm. *extendunt Pantſchmann.* l. 2. quæſt. 7. *Sichardus* ad d. l. fin. n. 13. *quos ſecuti videntur JCti Jenenſes in reſponſo ap. Richterum* deciſione 62. n. 21. & 23. *Sed cum Autore faciunt Sande* lib. 4. tit. 5. def. 18. *Franzk.* ad Inſt. §. fin. de fideicomm. *Heigius* ibidem. *Praxin judiciorum noſtrorum vid. ap. Carpzov.* 3. 8. 40. ſeq. *Philippi* lib. 3. Eclog. 102. *Richter.* d. deciſ. 62. n. 20. & 21. Idem liquet inde, *quod conſtitutio Juſtiniani ſit ſaltem de fideicommiſſis concepta*, Franzk. d. l. *& quidem etiam de univerſalibus, quæ non ita ut ſingularia legatis exæquata ſunt. Contra pro diſſentientibus afferri poterit, quod legata fideicommiſſis ſint exæquata, quodque reſpectu verborum fere nulla videatur eſſe differentia, an Teſtator præſente herede dicat:* Titius habeto centum: *an;* volo ut Titio dentur centum; *præprimis in idiomate germanico.*

RESPONSIO.

Hæc ratio inde refellitur, quod modo dictum eſt, nativam ſignificationem verborum, quatenus diverſa manet in legatis & fideicommiſſis, non eſſe ſublatam.

N. ADDIT.

Initio hæc reſponſio non quadrat, quia in dato caſu oſtendi, nullam diverſitatem ſignificationis verborum adeſſe. Secundo ipſe Autor in præcedenti Scholio conceſſerat, legati damnationis & fideicommiſſi, eſſe unam eandemque ſignificationem. Ergo addamus hos caſus pro illa ſententia: Quid intereſt ſive dicit teſtator: heres meus Titio centum dare damnas eſto. *ſive:* volo, jubeo, mando, ut heres meus Titio centum det. *Tertio jungendum erat cum præcedente Scholio ſequens, quod Autor, neſcio qua de cauſa, ſeparaverit, cum in poſitionibus, uti ibi extat, continuet rationes pro diſſentientium ſententia, & in iſta ſeparatione, quam nunc fecit Autor, non habeat ſenſum ita commodum. Forte id ideo factum, quia ſenſit Autor, rationem, quod hic ſuffi-*

ciat ſola teſtatoris voluntas, ita prægnantem eſſe, ut non haberet, quod ei opponeret.

Dicendum autem, etſi heres fidem teſtatori non dederit, ſed rogatus tantum ſit, tamen habere locum ſanctionem, *d. §. ult.*

SCHOLIUM.

Adde quod hic ſufficiat ſola teſtatoris voluntas; nec neceſſum ſit, an heres fidem teſtatori inſuper dederit. Prælect. p. 259. n. 18. *Dico præ*ſente herede. *Nam ſi hic abſens fuerit, legata ſine quinque teſtibus non valere certum eſt, ut nec fideicommiſſa*, arg. d. l. ult. C. de Fideicomm. *Philippi* d. Ecl. 102. n. 6.

Cæterum in legatis, ſicut in omni ultima voluntate, requiritur etiamnum numerus quinque teſtium, *d. §. ult. l. ult. C. de Jur. Codicill.*

Tit. XXV.

De Jure Codicillorum.

Origo Codicillorum, & quid ſint. Quotuplex Codicillus. Heredis inſtitutionem non recipere. Quid hodie ſit juris in Codicillo, & quæ ſit vis clauſulæ Codicillaris, revera & ex ſententia Dd.

(a) QUemadmodum fideicommiſſa eludendis legibus reperta ſunt, ita ſcrupuloſæ ſubtilitati juris teſtamentarii declinandæ, receptus eſt uſus Codicillorum. Etenim, quia frequenter eveniebat, ut quibus integrum non eſſet, tot adhibere ſolemnia, quot in teſtamentis requirebantur, nec tamen æquum, toties eos deſtitui facultate diſponendi, ratio aperta eſt, qua ſalva juris teſtamentarii ſubtilitate, deſiderio ægrotantium aut peregre agentium ſatisfieret, ut latius memoratur in *pr. Inſt. h. t.* Placuit igitur *Codicillos* recipi, qui ſunt *ſpecies ultimæ voluntatis minus ſolemnis, de iis, quæ quis poſt mortem ſuam fieri vult, excepta heredis inſtitutione.* Hoc enim diſcrimen ideo ſervatum, ne jus teſtamenti, cujus baſis ac fundamentum eſt heredis inſtitutio, hac ipſa ſolemnitatum remiſſione involveretur. Facile (b) igitur apparet, differentiam codicillorum a teſtamentis, in ſumma eſſe duplicem, quod in hoc inſtitutio heredis, quæque ab ea dependent, fieri nequeant, & quod ſolemnia juris in codicillo ſint remiſſa, quæ quot numero ſunt, totidem differentiæ capita numerari poſſent: ſane eſt inter ea, quod etiam mulier in codicillo teſtis eſſe queat, ut quidem videtur. Cum enim nusquam ei teſtimonio, præterquam in teſtamento, interdicatur, eaque prohibitio unum ex ſolemnibus teſtamenti conſtituat, neque noviſſime inter requiſita Codicilli hæc ipſa recenſeatur; ſatis clarum eſt, nihil cauſæ videri, quare perſonam mulieris a Codicillis arceamus, accedente pari argumentatione, ac Paulus utitur in *l. 18. de Teſtibus.* Quod autem ſub finem *princ. h. t.* ſcriptum eſt, *ſi quis teſtamentum facere non poſſet, tamen codicillos poſſe*, videlicet de impedimentis facti, non juris accipiendum, ut ſatis indicat *l. 6. §. 3. & l. 8. §. 2. h. t.*

2. (c) *Supra* intelleximus, Heredis inſtitutionem in Codicillis fieri non poſſe, id & ampliat, nec non limitat Imperator in *§. 2. h. t.* Producitur enim & ad exheredationem, quemadmodum in contrariis easdem ſequimur rationes. Sed nec conditionem heredi inſtituto codicillis adjicere, neque ſubſtituere poteſt teſtator; Quin hæc omnia in codicillis directe facta, ipſo jure nulla cenſentur, *d. §. 2. l. 6. eod. tit.* Niſi quod pupillaris ſubſtitutio, facta codicillis, quaſi in fideicommiſſum flecti videatur, per *l. 76. ad Sc. Trebell.* Perinde ut confirmatio heredis antea inutiliter inſtituti, facta codicillis valet jure fideicommiſſi, *l. 2. §. ult. h. t.* quanquam declaratio heredis in teſtamento rite, ſed absque nomine inſtituti, poſſit fieri codicillis, & recto jure ſubſiſtat, *l. 77. de hered. inſtit. & l. 10. de Condit. inſtit.*

SCHOLIUM.

Imo quævis ſubſtitutio, inſtitutio & exheredatio in codicillis factæ, reſolvuntur in fideicommiſſum, ſi modo conſtet, teſtatorem codicillos, non teſtamentum facere voluiſſe, argumento d. l. 76. ad SC. Trebell. Videatur *Wiſſenbach.* d. l. th. 19. *Strauch.* diſſert. X. th. 23. *Philip.* Ecl. 105.

RESPONSIO.

Quod in d. l. 76. *benigna interpretatione pla-*

(a) *Poſ. 1. 2.* (b) *Poſ. 3. & ſeqq.* (c) *Poſ. 7.*

cuiſſe dicitur, id univerſi juris facere non eſt Interpretis: etſi communem eam eſſe DD. ſententiam, uſu fori approbatam, non ignoramus.

N. ADDIT.

Non melius judicare poterimus, quam ex ipſis textus verbis: Scævola reſpondit, ſi pater filium ſuum impuberem ex aſſe ſcripſerit heredem, eique Codicillis ſubſtituerit, deinde filius impubes deceſſerit, licet ſubſtitutio inutilis ſit, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi poteſt; tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quæ ab inteſtato pupillo ſucceſſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur. *Jam judicet omnis, an JCtus ſe ſundet in ſpeciali aliqua interpretatione benigna juris, an non in generali, & quæ applicari poſſit etiam ad* §. 2. & l. 6. h. t. *quæ Autorem moverunt, ut a ſententia noſtra diſſentiret.*

Cæterum, ipſa heredis inſtitutio ipſaque exheredatio, tametſi directe non bene fiat, expreſſa tamen per modum fideicommiſſi, effectum ſortitur, *d. §. 2. l. 2. C. h. t.* quo caſu heres antea ſcriptus, aut legis ſucceſſor, quartam Pegaſianam deducere poteſt, niſi teſtator eam prohibuerit, ut ex loco de fideicommiſſariis hereditatibus recordamur. Denique ex eo, quod heres in codicillis inſtitui nequit, hoc etiam ſequitur, (d) non ut duo teſtamenta ejusdem hominis pariter ſubſiſtere nequeunt, ita & codicillum a codicillo neceſſario perimi, verum ſine conflictu diverſos valere, modo capita unius per alterum non tollantur: Quippe heredis inſtitutio eſt univerſalis, codicilli duntaxat particularia continent. Univerſitates duas nemo ſolus habet ſimul, res ſingulares idem multas habet; Proinde diſpoſitiones judicandæ, *§. ult. h.*

3. (e) Diviſionem Codicilli ad inſtar teſtamenti recipiunt, in ſcriptos & nuncupativos; Etenim primitus ſcriptos duntaxat uſitatos fuiſſe, nominis argumento patet; aucto tamen, ut fit, cum tempore eorum uſu, declarationem quoque non ſcriptam ſolennibus Legum ſolvere placuit, *l. ult. §. ult. C. h. t. l. 13. C. de SS. Eccl.* Eſt & alia diviſio plane a teſtamento abhorrens: Dicuntur enim codicilli, vel teſtato, vel ab inteſtato fieri, *§. 1. h. l. 8. §. 1. h. t.* Teſtato, cum præter Codicillos defunctus etiam teſtamentum reliquit; ab inteſtato, cum non firmantur teſtamento aut ſecus. Confirmatio fit, vel in futurum, vel poſteriori teſtamento. Confirmationis futuri Codicilli exempla, ſunt in *pr. h. l. 6. §. 2. l. 8. pr. eod. & l. ult. de fideicomm. libert.* Codicillorum pridem factorum in teſtamento ſequenti confirmatio, olim erat neceſſaria, cum alioqui vitiarentur, non modo tempore Plinii Secundi, *l. 2. epiſt. 16.* ſed & Papiniani ſententia, *l. 5. h. t.* donec, ipſo quoque ſuperſtite & forſitan auctore, Severus & Antoninus conſtituerunt, ſufficere ad valorem codicilli, quod non appareat, eum, qui teſtamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expreſſerat, receſſiſſe, *d. §. 2. h.* ex qua conſtitutione *d. l. 5.* in verbis *quocunque judicio* &c. interpolatam eſſe, obſervat Wiſſenbachius *emblem. Tribon. ad d. l. 5.* & ex eo noſter Scholiaſtes.

(d) *Poſ. 11. & 13.* (e) *Poſ. 8. & ſeqq.*

N. ADDIT.

Notaveram & illud de jure noviori Codicis (1) l. ult. C. h. t. *pertinere ad ſolos Codicillos ab inteſtato. (2) Poſt* d. l. ult. *ita diſtinguendum eſſe: Aut prioribus Codicillis ſolennitates* d. l. ult. *fuerunt adhibitæ, aut non. Priori caſu confirmatione expreſſa in ſubſequente teſtamento non erit opus, bene tamen poſteriori.*

Intereſt tamen, confirmati ſint, nec ne codicilli; (α) ſi enim confirmati fuerint, tutor (β) in iis, & libertates (γ) directe dari poſſunt, alioqui tantum per fideicommiſſum, (δ) *l. 3. de teſt. Tut. l. 1. de confirm. tut. & l. 43. de manum. teſtam.*

SCHOLIUM.

(α) *Dicerem potius ex hypotheſi Autoris: Intereſt,* teſtato facti ſint nec ne. *Quamvis enim Jure-Conſulti in textibus his citatis per codicillos confirmatos teſtamento, intelligant teſtato factos; per non confirmatos, factos ab inteſtato, tamen Autor* in n. 10. *Teſtamento factos codicillos ſubdiviſit in confirmatos, & minus.*

(β) *Quoad tutorem hoc intereſt: quod in confirmatis valeat ipſo jure, in non confirmatis confirmari debeat a magiſtratu,* d. l. 3. & d. l. 1.

(γ) *At poſtquam Jure Codicis legata & fideicommiſſa ſunt exæquata, & libertates in codicillis ab inteſtato directo dari poterunt. Non obſtat* §. 2. de ſing. reb. per fideicomm. rel.

(δ) *Putarem & legata in codicillis ab inteſtato relinqui poſſe, argumento* l. 14. §. 1. verbis: quisquis mihi heres erit. ff. h. t.

RESPONSIO.

Prior animadverſio parum liquida eſt: neque e textibus aliquid eſſe mutandum, colligi poteſt. Reliqua bene habent & retineantur.

N. AD-

N. ADDIT.

Sit ita. Ergo expungi poterit Scholium iſtud prius etiam meo conſenſu.

(f) Facti porro codicilli teſtato, vires capiunt ex teſtamento, ita ut hoc ſubſiſtente, valeant, alioqui non ſubſiſtant, *l. 3. §. ult. h. t.* Exemplum eſt in *l. 12. §. 5. de Captiv. & poſtlim.* ubi codicillus ab eo, qui ſervus hoſtium, & poſtliminio reverſus, (alioqui ſervus foret, *l. 7. pr. h. t.*) erat, ſuſtinetur, quia teſtamentum ante captivitatem factum extabat; Imo quæcunque in Codicillis ſcribuntur, perinde habentur ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent, *l. 2. §. 2. h. t.* quod tamen de his, quæ juris potius quam quæ facti ſunt, intelligendum monet Marcianus, *l. 7. §. 1. eod.* ut ſi ſervo meo legatum ſine libertate reliquerim, non valet legatum; quod ſi poſtea in Codicillis libertas addita ſit, habetur ac ſi teſtamento data fuiſſet, quoniam in facto ſubjecto nihil mutatum eſt, ideoque legatum valebit, *l. 8. §. penult. h. t.* Si quis autem in codicillis veſtem *quæ ſua ſit*, leget, eo ipſo tempore debet eſſe ipſius, non ſufficit fuiſſe, aut fore, condito teſtamento, *d. l. 7. §. 1.* item legato, *ſi Titius vivus eſt:* tunc debet vivere, quando legatur & codicillus ſcribitur; teſtamentum efficere non poteſt, ut qui mortuus fuit, vixiſſe dicatur. Qui ſervum in Codicillo manumittit, recte agit, modo tunc ſolvendo ſit, idque ſolum, non teſtamenti, tempus inſpicitur, *l. 4. h. t.*

4. (g) Hactenus de Codicillis ex primævo & veteri inſtituto, quo nullam ſolennitatem ordinationis deſiderabant. Poſtea Theodoſius in *l. ult. C. h. t.* ſanxit, unitatem contextus in iis quoque ſervandam, & quinque teſtium ſubſcriptionem adhibendam, ſupra quæ nihil de cæteris teſtamentorum ſolennibus huc eſt translatum. Si quis autem in eo fuerit, ut teſtamentum conderet, ſed imperfectum; ſæpiſſime conſtitutum & reſcriptum eſt, eum nec Codicillos feciſſe videri, *l. 1. h. t. niſi voluerit*, addit Ulpianus, *quaſi codicillos id valere teſtamentum*, quod exprimere debet: alioqui juris id nulla interpretatio ſupplebit, *l. 41. §. 3. de vulg. & pup. ſubſt. & l. ult. §. 1. C. h. t.* præterquam in militibus, *l. 3. de Teſt. milit.* ubi teſtatur Ulpianus, pleroſque paganos, cum teſtamenta faciunt per ſcripturam, ſolere adjicere, *velle hoc etiam vice codicillorum valere*, quo caſu nemo dixerit, *addit*, ſi imperfectum ſit teſtamentum, codicillos non eſſe. Atque hæc eſt celebris illa clauſula codicillaris, quæ & laxius alioqui concipitur hoc modo; *Ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας, hoc meum teſtament. cupio eſſe ratum, quocunque jure poterit;* quibus verbis videtur voluiſſe, ut omnimodo valerent ea, quæ reliquit etiamſi inteſtatus deceſſiſſet, ait Paulus in *l. 29. §. 1. ff. Qui teſtam. fac.* Jam ex illis locis non difficulter poteſt colligi, quæ ſit illius clauſulæ poteſtas jure civili, ſcilicet, ut imperfectum teſtamentum pro codicillo habeatur. Quid ergo, ſi tantum inchoata ſit diſpoſitio, non impleta, numquid tamen ea, quæ ſunt expreſſa, valebunt? videntur ex *d. l. ult. §. 1. Qui decrevit*, inquit, *facere teſtamentum, ſi id adimplere nequiverit, inteſtato videtur eſſe defunctus, nec transducere licebit ad fideicommiſſi interpretationem, vel ex codicillis ultimam voluntatem, niſi id ille complexus ſit, ut vim etiam Codicillorum ſcriptum debeat obtinere.* Sed, opinor, idem vult Cæſar his verbis; *qui decrevit facere teſtamentum.* quod Ulpianus in *d. l. 1. h. t. qui teſtamentum facere opinatus eſt;* qui in hoc fuit, ut conderet teſtamentum, ſed perficere cunctas non potuit ſolennitates: quæ voluit, ea quidem extulit; ſed non rite pro teſtamento; tum ſcil. defectus ſolennitatum ſuppletur, non earum, quæ ad teſtamentum requiruntur, ſed ut codicillus fiat: Relicta autem Codicillo heres legitimus, ut ſupra diximus, præſtabit.

5. At directa heredis inſtitutio non videbatur ita ſuſtineri; Nam hæc in codicillo eſt ipſo jure nulla, nec adjectio conditionis, nec ſubſtitutio rectis verbis facta, valebat; quin nihil egiſſe teſtatricem, quæ hæc teſtamento directe inſeruerit, affirmat Marcianus in *l. 6. pr. h. t.* Si directæ inſtitutio, in codicillis optimo jure factis, non flectatur in vim fideicommiſſi, quomodo ea vis ſit clauſulæ Codicillaris, per quam benigne duntaxat receptum eſt, ut teſtamentum vitioſum inſtar codicilli valeat, non animadverto. Quod ſi illa poteſtas ſit clauſulæ, ut heredis inſtitutio vitioſa convaleſcat, nulla cauſa videtur, quare non etiam teſtamentum, in quo filiusfamilias, vel poſthumus, eſt præteritus, eadem ratione ſuſtineatur, atque ita cum clauſula raro omittatur, omnia illa juris capita de filiofamilias inſtituendo, vel exheredando, de rumpendo teſtamento per agnationem, aliaque ſimilia, enervabuntur.

(f) *Poſ. 15.* (g) *Poſ. 14. & ſeqq.*

Docto-

Doctores tamen obtinuerunt, ut teſtamenta præteritione nulla, aut exheredatione iniqua, ſed hac clauſula munita, heredem ab inteſtato obligare dicantur, quo ſcriptis hereditatem reſtituat, jure fideicommiſſi. Quando enim teſtator dicit, ſi hæc diſpoſitio non valet jure teſtamenti, valeat jure codicillorum, aut quacunque ratione poterit, idem eſſe videtur, ac ſi diceret, ſi inſtitutio non eſt valida eo modo, quo nunc ordinata eſt, volo ut effectum habeat, quocunque meliori modo a me diſponi potuiſſet; adeo ut ſi neceſſe ſit, filium heredem fieri, velim tamen, ut bona mea reſtituat ei, quem ſcripſi heredem; idque uſus fori comprobavit, teſte Sandio *lib. 4. tit. 2. defin. 2.* ad quam ſi non probandam, facit adjuvandam *l. 2. §. ult. l. 13. §. 1. h. t. & l. 76. ad SC. Trebell.* in quibus id doceri videtur, ſi conſtet, teſtatorem facere voluiſſe codicillum, quod etiam heredis inſtitutio valore fideicommiſſi ſubſiſtat. Imo ſi dubitetur, utrum diſpoſitio ſit teſtamentum, an codicillus, neque teſtamenti jure queat, non dubitatur, quin pro codicillo haberi debeat, ut tradit idem Sandius, *lib. 4. tit. 1. defin. 12.* Quin imo etſi clauſula codicillaris plane ſit omiſſa, in praxi tamen eorum ſententia obtinuit, qui facile eam intelligendam putant, eo quod cunctis teſtatoribus ea ſtet mens, ut voluntates ſuas, quacunque ratione poterunt, effectum habere cupiant, haud aliter animati, quam eſt Lucius Titius in *l. pen. §. ult. de legat. 2.* ubi ita: *Lucius Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo Juris perito, rationem animi mei potius ſecutus, quam nimiam & miſeram diligentiam: & ſi minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.* Hoc tamen ne Pragmatici quidem patiuntur, ut præteritio poſthumi per Clauſulam codicillarem ſuſtineatur; nec enim dubitandum videtur, quin id voluntati Teſtatoris repugnet, ut filius poſt teſtamentum factum natus, de quo Patrem non cogitaſſe credibile eſt, a ſucceſſione prætextu clauſulæ codicillaris excludatur, Gail. *1. 114.*

EX

LIB. III.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

Hiſtoria tredecim priorum Capitum Libri Tertii.

TIT. I. *De heredit. quæ ab inteſt. defer.*

Lex XII. tabularum dedit civibus Romanis liberam poteſtatem de bonis ſuis poſt mortem diſponendi. Quo arbitrio ſi quis non eſſet uſus, ipſa lex providit ſucceſſionibus, ſecundum præſumptionem, quæ de voluntate defuncti quam maxime probabilis colligi poſſet, & juxta quam ipſe, ſi ſupereſſet, facturus videretur. Hereditas, quæ ſic a lege defertur, nomen habet Legitimæ; alias, inteſtati, quaſi per defectum teſtamenti. Inteſtatus proprie dicitur is, qui cum poſſet, non fecit teſtamentum, quemadmodum privatio, ut dicimus, præſupponit habitum facere; ſed & alios, qui teſtamentum facere nec poſſunt, vocamus inteſtatos, *l. 1. de ſuis & legit. hered.* Primi jus ſucceſſionis ex lege adipiſcuntur Sui heredes, de quorum definitione ſupra dictum, qui emancipatos, licet gradu naturæ propiores, excludunt; veluti nepos ſuus in ſucceſſione avi præfertur patri emancipato, *§. 2. I. de ſucceſſ. ab inteſt.* idque de ſuis tam adoptivis, quam naturalibus, & legitimatis accipiendum. Scilicet, ſi nepotes eſſent, ex filio natos oportuiſſe apparet, ſi quidem, qui ſui alioquin eſſe non poterant, nepotes neptesque e filia præteribantur, qui tamen poſtea, æquitate flagitante, per conſtitutiones ſunt admiſſi, poſt Suos, ante agnatos, *§. ult. eod.* Quoniam autem, ſuo herede mortuo, liberi ipſius confeſtim in locum ſuccedunt, patremque repræſentant, inde factum, ut partitio hereditatis in liberos ulterioris gradus, non fieret *προσωπικῶς*, ſed *κατὰ ϛεῖραν*, non in capita, ſed in ſtirpes, hoc eſt, ut plures liberi tantundem acciperent, ac unus eorum parens fuiſſet habiturus, idque ſive nepotes ſint tantum, ſive cum nepotibus pronepteſ abnepoteſque concurrant, *§. 6. eod.* Suum autem heredem fuiſſe oportebat eo tempore, quo

certum

Digitized by Google

certum erat, eum, de cujus ſucceſſione quærebatur, mortuum eſſe inteſtatum, adeo ut aliquis ſuus fieri poſſet, qui tempore mortis non fuiſſet, ut in *§. 7.* habeur, ac etiam nepos poſt mortem avi conceptus & natus, mortuo Patre, (qui non fuerat heres ſuo Patri,) non exiſtat avo ſuus heres, neque plane cognatus, adeoque ſucceſſione ab inteſtato deſtituatur, *§. 8. eod.*

Liberi emancipati jure civili excluſi, humanitate Prætoris, una cum Suis, vocabantur ad bonorum poſſeſſionem, ex Edicto, *Unde liberi.* niſi ab alio eſſent adoptati; adoptione rurſus ſoluta, recuperabant jus prætorium verſus ſuum Parentem, niſi poſt mortem hujus eſſent emancipati; tunc enim neque adoptivo, neque proprio patri ſuccedebant, *§. 10. & 11. eod.* quod poſtea correctum eſt per *l. 10. C. de adopt. §. 2. ſupra de Adoption. §. 14. h. t.* Adeo autem inter emancipatos ceſſabat ſucceſſio, ut jure civili nec pater, niſi cum pacto fiduciæ eum emancipaſſet, heres fieret; quod pactum conſtitutione Juſtiniani ſemper interceſſiſſe præſumitur, *§. ult. de legit. agnat. ſucceſſ.*

(Tit. II. *De Legit. agn. ſucceſſ.*)

DEficientibus liberis, Agnati proximi ex Lege XII. tabularum in infinitum vocabantur, tam adoptivi quam naturales, *pr. §. 1. & 2. eod. tit.* Agnatæ non ultra ſecundum gradum, id eſt, ſorores duntaxat admittebantur; ſequentes a prætore, beneficio Edicti *Unde cognati.* juvabantur, donec a Juſtiniano omnes agnatæ maribus agnatis ſint adæquatæ, *§. 3. & 4. eod.* qui & enormius ſororum filios filiaſque, inter agnatos agnataſque vocavit, *§. 4.* Proximus autem cenſetur agnatus, qui tunc gradum obtinet proximum, quando conſtat, defunctum eſſe inteſtatum, ſcilicet, teſtamento non facto, cum moritur; alias, cum teſtamentum ab herede deſtitutum eſt, *§. 6. eod.* Gradus autem ſimpliciter computabantur ſine ulla repræſentatione, adeo ut frater liberos fratris defuncti excluderet, *§. 5.* & ſi prior gradus ſucceſſionem repudiaſſet, ſequens non vocabatur, quia non fuerat gradu proximus, cum defunctus primum inteſtatus appareret; Sed hic a prætore inter cognatos juvabatur; a Juſtiniano ſucceſſorium prætoris Edictum ad agnatos civiliter productum eſt, *§. 7.*

(Tit. III. *De Sc. Tertull.*)

INter agnatos cum non eſſet mater, conſentaneum fuit, eam per remotiores agnatos excludi jure antiquo, donec Sᴄto Tertulliano tempore Hadriani mater, non avia, jus trium habens liberorum, aut libertina quatuor liberis onerata, filiis ſuis, etſi vulgo quæſitis, *§. ult.* ſuccedere juſſa eſt; ſiquidem ipſi non reliquiſſent liberos, aut patres, aut fratres germanos, vel conſanguineos, nam ſoror cum matre pariter vocabatur, ut & illa cum fratre conſanguineo, *per §. 2. & 3. de Sᴄt. Tertull.* donec Juſtinianus matrem & cum fratribus conſanguineis vocavit, & cum ſororibus tam uterinis quam conſanguineis, hereditate in capita dividenda. Quod ſi tantum ſorores extarent, nulli fratres, tum mater ſemiſſem, ſorores pariter ſemiſſem alterum accipiebant, *§. 5. eod.*

(Tit. IV. *De Sc. Orphit.*)

VIciſſim Sᴄto Orfitiano, auctore divo Marco, ad cujus orationem factum eſt, *l. pen. de Sc. Trebell.* liberi etiam vulgo quæſiti, ad matris ſucceſſionem, quam nec ipſi olim habebant, admiſſi fuere, *tit. Inſt. de Sᴄto Orphit.*

(Tit. V. *De ſucceſſ. cognat.*)

POſt agnatos veniebant cognati, id eſt, per feminas juncti, ex edicto prætoris *unde cognati.* quibus & agnati minimam capitis diminutionem paſſi accenſebantur, exceptis fratribus & ſororibus emancipatis, non etiam liberis eorum, qui cum fratribus in poteſtate retentis ſuccedebant pro portionibus dimidiis; ut ex *§. 1.* ibique Theophilo diſcimus *tit. de ſucceſſ. cognat.* Etiam qui in adoptionem ſunt dati, paternæ lineæ cognati ſunt, nec non vulgo quæſiti huc veniunt; ſed omnes cognati non ultra ſeptimum gradum, agnati uſque ad decimum admittebantur, *§. ult. eod.*

(Tit. VI. *De grad. cognat. juncto* Tit. VII.)

QVa occaſione proponitur computatio graduum, quam occupavimus *ſupra.*

(Tit. VIII. *De ſucceſſ. libert.*)

PAtronus quoque liberto ſuccedebat, olim non niſi inteſtato, in ſolidum; poſtea, ſi liberos non haberet naturales, etiam teſtato, pro parte dimidia bonorum. Deinde ita; ſi in bonis haberet centum millia ſeſtertiorum, ſive mille aureos maximi valoris, id eſt, bis mille quingentos imperiales nummos; tum, & ſi pauciores quam tres liberos reliquiſſet libertus, virilem portionem conſequebatur patronus; tribus relictis prolibus, excludebatur, idque Lege Papia *§. 1. & 2. de ſucceſſ. libert.* Juſtinianus ita ſanxit; liberto minus centum aureis habenti, Patronus teſtato non ſuccedit. Inteſtato ſine liberis mortuo ex aſſe ſuccedit. Majori

Digitized by Google

jori centenario liberos habenti prorſus non, prole carentibus inteſtatis in ſolidum; teſtatis quanquam præteritus, in partem tertiam ſuccedere debet, idque hodie indiſtincte, ſive latini ſive alterius generis libertini ſint, diſcriminibus illis a Juſtiniano ſublatis, *§. ult. de ſucceſſ. libert.*

Tit. IX. *De aſſignat. Libert.*

JUs hoc, quod Patronus habet, tranſmittit ad liberos, heredes ſuos, niſi uni ex illis libertum adſignaverit, quod pro arbitrio poteſt, ſeu teſtamento, ſive abſque eo, quibuscunque verbis; modo is, cui adſignatur, in poteſtate ſit; emancipato enim adeo inutiliter fit adſignatio, ut ſecuta quoque emancipatione, facta prius adſignatio evaneſcat, *§. 2. & ult. de adſign. lib.*

Tit. X. *De bonor. poſſ.*

VIdemus igitur, quasdam ex illis perſonis jure civili ad hereditates perveniſſe, quasdam a prætore vocatas ad bonorum poſſeſſiones. De illis in ſuperioribus abunde fuit actum; operæ pretium eſt ad bonorum poſſeſſionem digredi, quæ definitur in *l. 3. §. 2. de bon. poſſ.* jus perſequendi retinendique patrimonii, quod cujusque, cum moritur, fuit. Eſt ejusmodi jus, quod ut Imperator ait in *pr. Inſt. de bon. poſſ.* heredem quidem ipſo jure non facit, quia hoc legis opus eſt, non prætoris, in effectu tamen eſt idem quod hereditas, *l. 138. d. V. S.* & plenam in rebus vim dominii tribuit, *l. 1. de bon. poſſ.*

Dividi ſolet primo in Edictalem & Decretalem, vel potius in ordinariam & extraordinariam, *l. 3. §. ult. de Carbon. Ed. l. 5. §. 3. de legat. præſt. l. 1. §. 4. Unde liberi.* Edictalis eſt ordinaria, quæ ex Edicto competit, ſine accurata cauſæ cognitione. Decretalis, quæ quidem ex Edicto etiam datur, *l. 2. de Carbon.* ſed decreto adhibito, cauſaque pro tribunali extra ordinem cognita, qualis eſt Carboniana *d. l. 2. §. 1. Quis ordo in bon. poſſ. ſerv.* Sed præcipua diviſio fertur, quod vel teſtamento facto competat, vel ab inteſtato. In utraque ſpecie prætor ſuccurrere voluit his, qui a jure civili negligebantur, & anguſtiſſimis finibus conſtitutum per legem XII. tabb. jus percipiendarum hereditatum ex bono & æquo dilatavit, ait Imperator in *fine pr. h. t.*

Facto teſtamento, duæ competunt bonorum poſſeſſiones, Contra tabulas, & ſecundum tabulas, quæ ut dentur, hoc proprie requiritur, ut tabulæ extent, adeoque ſcriptum ſit teſtamentum intelligitur, quanquam & ad nuncupativum poſtea ſunt productæ; *l. 8. §. f. de b. p. ſec. tab.* Contra tabulas quibus detur, alias intellectum eſt, liberis videlicet emancipatis præteritis, *§. 3. ſupra de exhered. lib. l. 1. §. 6. de bon. poſſ. c. tab.* Suis præteritis hæc nullo modo eſt neceſſaria; ut qui teſtamentum dicant nullum: ſed ob promptitudinem remedii prætorii, & quia mollius creditur, ab his quoque uſurpatur, *§. 12. ſupra de her. ab Int. l. 12. §. 1. d. t. de b. p. c. t.* etiam ab exheredatis, non qui recte, ſed qui vitioſe exheredati ſunt, *l. 8. pr. & §. 2. eod. tit.* Datur & alia bon. poſſ. quæ erat præparatoria querelæ inofficioſi, duntaxat litis ordinandæ gratia, de qua in *l. 8. pr. de inoff. teſt. l. 2. C. eod.* Quin aliquando is, qui teſtamento legitime inſtitutus eſt, petit hanc contra tabulas, ut frater emancipatus heres ſcriptus, cujus frater eſt præteritus. Cum enim hic per contra tabulas teſtamentum reſcindat omniaque ad cauſam inteſtati redigat, alter inſtitutionis jure deſtitutus ejusdem remedio debet uti, *l. 3. §. 11. l. 10. §. ult. de b. p. c. t.*

Ventri præterito datur etiam bonorum P. contra tab. curatorque bonis datus non poterat adhuc petere contra tabulas, ſed interim ex Carboniano edicto, atque decreto, mittebatur in poſſeſſionem bonorum, donec mulier pareret, aut abortum faceret, *l. 1. pr. & §. 14. De ventr. in poſſ.* Interim alitur mulier eo modo, qui præſcribitur in *§. 19. & 20.* adde *§. pen. d. l. 1.* Dicitur illa miſſio ex Edicto Carboniano in *l. 10. de Carb. Ed.* utili ſcilicet, extenſoque per imitamentum ad hanc ſpeciem, *l. 1. §. 14.* Nam Carbonianum proprie eſt, quo ſuccurritur filio impuberi teſtamento Patris præterito, qui non poteſt contra tabulas petere, ideo quod quæſtio ſtatus aut natalium ipſi moveatur, quaſi filius non ſit ejus, de cujus bonis quæritur. Interim enim, dum ad pubertatem perveniat, datur ei bonorum poſſeſſio decretalis, extraordinaria, & cauſa cognita, *l. 1. & t. tit. de Carbon.* Quæſtio natalium uſque pubertatem differtur, Puer interea pro filio habetur; alitur ex fructibus & actiones exercet, maxime quæ moram longiorem non patiuntur, utique qui ſatisdederit de reſtituendis bonis, ubi adverſus eum judicatum ſit, *l. 15. eod.* Si non ſatisdet, adverſarius pupilli ſimul in poſſeſſionem mittetur, *l. 1. §. 1.* & ſiquidem hic ſatisdet, curator ipſe conſtituitur, omniaque curat & actiones exercet, *l. 5. §. 1. eod.*

Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, initio pro illis introducta eſt, quibus licet teſtamento ſcriptis heredibus, ſubtilitas aliqua juris civilis obſtabat,

Digitized by Google

obſtabat, qualis in *§. 6. Inſt. Quib. mod. teſt. infirm. in l. 12. pr. de injuſt. rupto irr. teſt.* Poſtea compendii cauſa ad quoslibet heredes ſcriptos produci cœpit, ſi modo ſeptem teſtium ſignis tabulæ eſſent ſubſignatæ, neque prætor anxie in reliqua juris civilis requiſita inquirebat, imo etſi filius in teſtamento eſſet præteritus, tamen ſecundum tabulas dabat ſcriptis poſſeſſionem, non prius tamen, quam certum eſſet, liberos contra tabulas non petituros, *l. 2. in pr. de b. p. ſec. tab.* Porro etiam heredibus nuncupativo teſtamento inſtitutis, dat prætor hanc bonorum poſſeſſionem, *l. 8. §. ult. d. t. l. ult. C. eod.* quanquam alioqui neceſſum eſt, tabulas extare tempore mortis teſtatoris, *l. 1. §. 3. eod.* Ab inteſtato bonorum poſſeſſiones olim erant hæ; Prima *unde liberi.* quæ neceſſaria emancipatis, ad ſuos tamen producta fuit, ob eandem, quam modo dedimus, rationem, *p. h. t.* II. *Unde legitimi.* per quam vocabantur omnes, qui ab inteſtato poterant eſſe heredes, ſive ex lege tabularum, ſive alia lege Senatusve conſulto, *l. 2. §. ult. D. unde Legit.* III. *Unde decem perſonæ.* quæ pro illis erat, qui præferebantur patri fiduciario, ſive imaginario, cui naturalis Pater, ſine pacto fiduciæ, filium mancipaverat; decem iſtæ enumerantur in *§. 1. d. t.* IV. *Unde cognati.* quæ eſt ex mera Prætoris indulgentia, utpote, qua invitat eos, qui jure civili non admittuntur, per feminas ſcilicet junctos, *l. 1. pr. unde cogn.* V. *Tanquam ex familia, quæ eſt pro agnatis patroni.* VI. *Pro Patronis.* VII. *Unde vir & uxor.* per quam in ſubſidium, deficientibus aliis, conjuges vocantur. VIII. *Pro cognatis manumiſſoris.* ſive imaginarii emptoris illius, *§. 1. h. t.* Verum ex his octo Juſtinianus tertiam, quintam, ſextam, octavam ſuſtulit, *§. 2. h.* quatuor intactas reliquit, easque nec plures curavit in Pandectas referri, ſcilicet *unde liberi. unde legitimi. unde cognati. unde vir & uxor.* Quando defunctus diverſorum ordinum conjunctos reliquit, primum jus petendi bonorum poſſeſſionem datur liberis; tum agnatis; inde cognatis; poſtremo conjugibus. Si quis liberorum intra annum non petat, portio non petentis accreſcit reliquis ejusdem gradus; ſi nullus eorum, ad agnatos tranſit petitio, inter quos ſimile jus accreſcendi obtinet; ab his ad cognatos; denique ad virum vel uxorem; ſed tempus intra quod reliqui præter liberos & parentes, petere debent bonorum poſſeſſionem, eſt duntaxat centum dierum, *§. 4. & 5. eod. tit. l. 1. de ſucceſſ. Ed. in pr. §. 12. & ult.* dies autem & annum petitioni præſcriptos utiles computamus, *§. pen. eod. tit.*

(Tit. XI. *De ſucceſſ. per arrogat.*)

SEcundum hæc ſciendum eſt, arrogatorem ſuccedere filio arrogato, ſi modo nullos ipſe liberos aut fratres reliquiſſet, *§. penult. de ſucc. per arrogat.* idque vi & efficacia legis; ſi quidem proprie & jure ſtricto, arrogator non fit heres, nec qua talis a creditoribus conveniri poteſt, ſed tamen defendere filii cauſam tenetur, aut pati, ut creditores in poſſeſſionem mittantur, *§. ult. eod.* In bonis filii ſuperſtitis Arrogator hodie habet uſumfructum, ut Patres naturales, cum olim integram proprietatem habuerit, *§. pen. h.*

(Tit. XII. *De eo cui libert. c. bona addic.*)

FUit quoque ſpecies ſucceſſionis univerſalis, bonorum addictio libertatum conſervandarum cauſa, quando nimirum Teſtator non ſolvendo exiſtens, aliquos ſervos tam directe quam per fideicommiſſum manumiſit, tum ſervis, aut uni ex illis, vel etiam tertio, bona addicuntur, ſi modo idoneam cautionem præſtiterit creditoribus, de ſolido, quod cuique debetur, ſolvendo, *pr. & §. 1. de eo, cui libert. c. bona addic.* Reſpice tamen ad *§. 1. & 2. Quib. ex cauſ. manum. non licet. ſupra.*

(Tit. XIII. *De bonor. poſſ. publ.*)

POſtremo loco duæ memorantur ſpecies univerſalis ſucceſſionis, prima bonorum venditio, quam Veteres ſectionem vocabant; Si quis enim debitor ſolvendo non eſſet, ejus bona ex edicto poſſidebantur. Tum Magiſter a Prætore creabatur, per quem diſtrahebantur, emptorioque univerſa addicebantur; qui tum quaſi ſucceſſor in univerſum jus debitoris, aut in ſolidum Creditoribus ſatisfaciebat, aut pro certa parte cum illis tranſigebat, ut latius apud Theophilum *ad tit. I. de ſucceſſ. ſubl.* & apud Ciceronem *pro Quint. alibi.* Altera erat ex Sc͞to Claudiano, cujus & Tacitus meminit XII. *Annal. cap. 53.* per quod mulier, quæ ſervili ſtupro ſe fœdaverat, nec ejus conſuetudine abſtinere voluerat, licet ei ter a Domino id eſſet denunciatum, poſt primam denunciationem domino in ſervitutem cum univerſo patrimonio addicebatur, *d. tit.* ibique Theoph. Sed hi tres modi ſucceſſionis univerſales, a Juſtiniano ſublati, in uſu eſſe deſierunt, teſte Imperatore in *fine tit. prædicti.*

Digitized by Google

De Succeſſione ab inteſtato, ſecundum Nov. 118.

Fundamentum Succeſſionis ab inteſt. Succeſſio liberorum primi gradus. Item ulterioris. De liberis diverſorum matrimoniorum. De Liberis extra juſtas nuptias Legitimis. De illegitimis extra nuptias. De Liberis nefariis. De ſucceſſione adſcendentium ſolorum. De ſucceſſione eorundem una cum fratribus & ſororibus. An & cum fratrum liberis. De ſucceſſione collateralium, & primo de fratribus germanis, eorumque liberis. De fratribus uno latere conjunctis. De liberis Fratrum ſolum. De Fratrum liberis & defuncti filiis. De remotioribus cognatis. Conjugum ſucceſſio ex Edicto. Eorundem extraordinaria ſucceſſio. Quomodo & Collegia quædam ſuccedant. Denique Fiſcus. De conflictu Juris in diverſis locis.

(a) ARgumenta præcedentium capitulorum, Hiſtoriæ titulo demonſtravimus, quia vix alium nobis uſum præbent; Juſtinianus enim, quod ad ſucceſſiones Legitimas attinet, in celebri conſtitutione νεαρᾶ CXVIII. ordinem plane novum clara compendioſaque diviſione, ſicut loquitur, compoſuit, cunctis legibus antiquis his de rebus evacuatis. Nos ita accepimus a præceptoribus, ita nos quoque præcepimus, Tredecim priores titulos hujus libri in prima inſtitutione prætervehi; quia tantum ſunt Hiſtoria juris antiqui, non equidem ſpernenda ſtudioſo, ſed commodius in Pandectis, ubi denuo occurrent hi tituli, enarranda. Bonum factum, ſi primo tyrones eondent in memoria, quomodo Juſtinianus ſucceſſiones ab inteſtato conſtituerit; quoniam is per *Nov. 118.* omnes leges antiquas hac de re ſuſtulit, ac, ut ipſe loquitur, otium illis fecit τῶν πρoτέρων νόμων ἀργούντων, *d. N. in pr.*

2. Lex Romana cuique patrifam. dedit liberam poteſtatem, de rebus ſuis pro lubitu diſponendi, *l. 120. de V. S.* ceſſante Teſtamento, hereditas defertur ex ejusdem voluntate præſumpta, *l. 8. §. 1. de jur. codic.* proinde quamdiu ſucceſſio teſtamentaria ſperatur, legitima non habet locum, *l. 39. de Acquir. hered.* Noviſſime igitur tres ſummi ordines, τάξεις vocat Imperator, ſuccedentium ab inteſtato, ſunt diſpoſiti: Deſcendentium, Adſcendentium, & Collateralium. Primus ordo eſt deſcendentium, hoc eſt liberorum primi & ulterioris gradus; quos vota parentum, nec minus ratio, & neceſſitas naturalis, omnibus reliquis præferunt. Vota defunctorum merito heic attenduntur, de quibus etſi nihil expreſſe liqueat, ſemper tamen erga liberos flagrantiſſima præſumuntur, & ſecundum hos erga parentes, dein prout ſanguine quilibet, ita caritate, proximus ſolet eſſe & intelligitur. Enimvero quia jus Romanum voluntati morientium tribuit abſolutam ſucceſſionis ordinandæ poteſtatem; idcirco etiam ab inteſtato fundamentum ſuccedendi, eſt præſumptio legis de voluntate eorundem. Quia autem illa ϛοργὴ non minus erga feminas quam mares, omnesque liberos, ex æquo fertur, ideo differentia vetus inter ſexum virilem & ſequiorem, inter ſuos & emancipatos, (etſi aliter quoad hos in teſtamentaria ſucceſſione,) hodie ſublata eſt, *d. Nov. 118. c. 1. in pr. c. 4. & cap. 6.*

3. (b) Igitur in primo ordine diſtinguendi ſunt liberi, quod vel ex juſtis ſint nuptiis aut extra illas nati. Illi vel ex eodem aut diverſis ſunt matrimoniis. Qui ex eodem, hi vel primi gradus, vel ulterioris ſunt. Liberi primi gradus parentibus ſuis, excluſis nepotibus ex ſeſe natis, ſuccedunt, licet ipſi emancipati, nepotesque in poteſtate fuerint retenti, cum olim hi venirent jure civili, parentes jure prætorio, ideoque conjungi deberent, *tit. ff. de conjung. cum emanc. lib. ej.* quo nunc remedio nihil eſt opus. Nulla filiorum præ filiabus, nulla primogenitorum præ cæteris prærogativa, neque hac parte juri gentium puta derogatum; quanquam & primogenituram ex jure gentium habere privilegium, concedimus, multarumque gentium inſtitutum de maſculis liberis ſupra feminas honorandis, ratione non deſtitui fatemur: ſed fortior magisque univerſalis eſt ratio a ϛοργῇ, affectuque parentum communi adverſus omnes, & obligatione naturæ ad alimenta cunctis pariter ſuppeditanda. Primogenitorum & marium prærogativa, inprimis eſt probabilis, ubi honos familiæ, aut ratio major, diviſionem vel ſexus infirmitatem non admittit, quod in feudis quandoque, in majoratibus qui dicuntur, & imperiis maxi-

(a) *Poſ. 1. 2. 3. 4.* (b) *Poſ. 5. 6. 7. 8. 11.*

maxime obtineat, in ordinariis privatorum ſucceſſionibus rationes juris Romani validiores videntur. Primogenitura potius ad jus publicum pertineat. Sui quoque & emancipati liberi, in *d. cap. 1.* ſunt adæquati, ſane quod ad cauſam & jus deferendi, non item quod ad acquirendam hereditatem; vid. *ad §. ult. ſupr. de hered. qual.* hac enim parte nihil iſta Novella mutatum. Et hoc de liberis primi gradus; quos proinde hereditatem dividere in capita, id eſt, ſingulos æquales ſive viriles nanciſci portiones, ultro intelligitur, & eſt in *d. c. 1.*

4. (c) Qui ſunt remotiores gradu, nepotes & pronepotes, hi ſuccedunt in ſtirpes per repræſentationem, ſeu ſubitionem in locum: quæ eſt, quando plures liberi occupant locum unius parentis, capiuntque tantum ac ille ſolus fuiſſet habiturus. Quod Juſtinianus generaliter obtinere ſancit, *quotiescunque deſcendentem aliquem filios relinquentem, mori contigerit*; proinde non tantum, ubi cum primo gradu ſecundi, cum filiis nepotes, ſed & cum ſoli nepotes concurrunt. Subitio illa in locum, videtur olim fuiſſe propria ſuorum heredum, quos morte patrum ſcimus avis ſuos heredes ſolitos fuiſſe adnaſci: Nec ab inteſtato deſcendentes aliter quam jure ſuitatis admittebantur, ut in hiſtoria modo expoſitum. Atqui cum hodie non ut ſui, ſed ut liberi, omnes æqualiter a lege vocentur, repræſentatio, quæ commentum juris civilis erat, ut ipſa ſuitas, ceſſare videbatur; utique in eo caſu, quo nulla eſt graduum inæqualitas, quo jure antiquo valebat æque repræſentatio, *§. 6. in fin. I. de heredit. ab inteſt.* ubi; *Item*, ait Imperator, *ſi ex duobus filiis nepotes neptesve exiſtant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertinet; ad tres vel quatuor altera dimidia.* At poſtquam Juſtinianus *d. Nov. 118.* naturalem potius quam civilem rationem attendi voluit, debebant hi nepotes, utpote ſuo jure ex ſua quisque perſona venientes, in capita ſuccedere, verba ſunt Sutholtii *diſſert. XI. th. 51.* ſed Juſtinianus non ſatis acute ſemper vidit, quid conſequens eſſet, ſublata juris antiqui ſubtilitate, ita ſcribit Balduinus *ad d. Nov. 118.* quin nec contrarius ſibi Cæſar ipſe non videatur, eo quod in ſucceſſione collateralium ita conſtituit, ut cum liberi diverſorum fratrum inveniuntur ſoli, vocantur in capita, ſine reſpectu numeri majoris aut minoris, ex hoc aut illo fratre natorum. Sed hæc argutatio adverſus conditorem juris, excedit officii interpretum limites. Neque pro Juſtiniano quæ faciat, ratio deeſſe videtur. Nempe ϛοργὴν & memoriam liberorum, qui totidem partes domus conſtituerunt, eos quaſi vivos adhuc parentibus in ſingulorum liberis exhibere, parteſque easdem domus explere, & æqualitatem ex liberorum mortuorum potius, quam nepotum viventium perſonis, conſideratam voluit. Cujus diſparitatis argumentum in Collationis doctrina habemus: nam quod ad liberos a parentum bonis antea profectum eſt, id eorum nepotes conferre debent: Quod autem fratrum liberi e patruorum aut avunculorum, quibus ſuccedunt, bonis perceperunt, id nec illi, neque nepotes ullo modo conferunt; quando ſatis conſtat, in ſolis deſcendentibus locum habere collationem, eo quod in collateralibus minor eſt ratio ϛοργῆς æquabilis & immutabilis, qua collatio nititur; quam eſt Parentum adverſus liberos conſideratio.

5. (d) Atque eo modo liberi ſuis parentibus ſuccedunt, quod facile ad eos, qui ex diverſis matrimoniis nati ſunt, transferri poteſt. Communi enim parenti ſuccedunt liberi æqualiter, * propriis vero ſeparatim; niſi quod exceptio proferri ſolet, in his bonis, quæ ex priore matrimonio ad parentem communem profecta fuerant, quia ſecundum *l. 3. C. de ſecundis nuptiis.* liberi prioris matrimonii in hiſce præferuntur, & ſoli ab inteſtato ita ſuccedunt, ut teſtamenti quoque factio parenti binubo interdicatur, non tantum in iis, quæ immediate a priore conjuge acceperunt, ſed etiam in his, quæ ex ſucceſſione quorundam ex liberis primi thori, ad eos pervenerunt: & recte quidem hujus rei admonitio fit hoc loco, quanquam ex alio venit principio, quam ſucceſſionis ab inteſtato, videlicet ex jure conſolidationis, quo uſusfructus finitus cum proprietate conjungitur, ut intelleximus *ſupra de Uſufructu. ſub finem.* Nam liberi ſtatim a ſecundis nuptiis proprietatem rerum illarum adepti ſunt, & pater retinuit uſumfructum; qui mor-

* Ita tamen, ut nuptialia dona & dotalia, liberi illius matrimonii, intuitu cujus quæſita ſunt, habeant præcipua, *N. 98. c. 1.* Hoc autem præcipuum in Saxonia non attenditur, Carpz. *P. 3. C. 14. d. 6.*

(c) *Poſ. 9. 18.* (d) *Poſ. 12. 13.*

Digitized by Google

morte ejus ad liberos, tanquam dominos olim factos, revertitur.

6. (e) Hactenus de liberis ex juſto matrimonio natis. Extra juſtas nuptias procreati ſunt, vel legitimi, aut illegitimi. Legitimi ſunt adoptivi & legitimati. Adoptivi, etiam qui ab extraneo adoptati ſunt, optimo jure ſuccedunt, §. 14. *Inſt. de ſucceſſ.* §. 2. *de adoption.* Naturales, ſiquidem legitimati ſint per ſubſequens matrimonium, perinde ſuccedunt, ac ſi ab initio legitime nati fuiſſent, §. 2. *Inſtit. de hered. ab inteſt.* etſi matrimonium in articulo mortis fuerit contractum; neque enim id ulla juris civilis ratio prohibet, & jus Pontificium diſerte affirmat, *cap. tanta X. qui fil. legit. ſint.* De legitimatis per reſcriptum principis, dici ſolet, eos ita demum ſuccedere, ſi nulli antea legitime nati fuerint, ex *Nov. 89. cap. 9.* In qua tamen ſucceſſionem ab inteſtato ita limitari, non reperio: ſed ipſa legitimatio per reſcriptum, eo demum caſu concedi dicitur, quando nullos habet liberos legitime natos. Quod ſi princeps hodie, nam Romani Principes id non inſtituerunt, ex plenitudine poteſtatis, quæ dicitur, filium aliquem legitimet, exiſtentibus antea legitime natis, ſanctio illius *Nov. 89.* non impediet, quo minus ille jus ſuccedendi ab inteſtato obtineat: quemadmodum nec legitimati per reſcriptum excludentur a ſucceſſione per alios poſtmodum e legitimo conjugio natos; ſi quidem nec pater deinceps uxorem ducere vetatur juſtam, neque legitimatis filiis ex eo, quod poſtea contingit, jus ſuum, quo ſemel legitime natis per omnia adæquati ſunt, auferri poteſt. Unde patet, reſtrictionem illam non ad ſucceſſionem ab inteſtato, quæ liberis pridem legitimatis debebatur, ſed ad actum legitimationis faciendum referri debere, & ita per conſequentiam in ſucceſſione durare.

7. Liberi illegitimi, ſunt nothi, ſpurii, adulterini, inceſtuoſi. Nothi (f) dicuntur naturales non legitimati, qui ex concubina ſuſcepti ſunt, de quibus traditur, quod matri & aſcendentibus maternis pariter cum juſtis liberis ſuccedant, *l. 2. & 8. Unde cognati.* Patri non aliter, quam deficientibus liberis legitimis ex uxore legitima, duntaxat pro parte, nimirum pro duabus unciis, cum matre ſecundum capita dividendis: exiſtentibus liberis, aut conjuge, tantum alendi ſunt boni viri arbitratu, *D. Nov. 89. c. 12. §. 4. & ult.* Requiritur autem, ut unam habuerit pater, non plures concubinas, *d. §. 4. & ſeq.* ut domeſtica ſit, & quaſi focaria, quæ indubitato affectu, non vagæ libidinis cauſa habeatur, atque ut liberi in domo ſint nati, *d. §. 4.* Ex quibus ſatis liquet, liberos, qui venere furtiva ex muliere, cum qua non ſit ſtabilis & domeſtica conſuetudo, naſcuntur, non intelligi naturales, ſed pro ſpuriis haberi; quod aliter moribus hodiernis eſſe comparatum, diximus *ad tit. de Nupt. §. ult.* Ideoque ſucceſſio in ſextantem, jure civili de concubinariis prodita, indubitato extenditur ad eos hodie, qui certo Patre, non tamen e concubina, quæ inſtar uxoris habetur, ſunt nati. Spurii reſpectu matris, nulli ſunt, Pater enim poteſt eſſe incertus, mater non poteſt; ideoque matri etiam exemplo naturalium ſuccedunt, *§. pen. I. de Sc. Orphit.* Quod hodie exceptionem patitur in matre illuſtri, quæ liberos habet legitimos unum aut plures, *l. 5. C. de SCto Orphit.* quam alii ad quaslibet ingenuas extendunt*: Verum ſanctio concepta eſt in principio & in medio de *illuſtribus.* Ratio quidem redditur hæc; *cum in mulieribus ingenuis & illuſtribus nominari ſpurios, ſatis injurioſum. &c.* ſed non eſt boni moris, ex ratione legis concludere plus quam conſtitutio dictet; tum & confertim *ingenuis & illuſtribus* dicitur, ut ſciamus, Cæſarem non de quibusvis ingenuis, ſed his, quæ inſuper illuſtres forent, loqui: præter quod jus vetus, diſerte non ſublatum, ſtare credendum eſt.

8. (g) Poſtremo, qui ex damnato coitu ſunt nati, ut nefarii, adulterini, plane a legibus projiciuntur, nec ullam particulam hereditatis ab inteſtato, nec quidem teſtamentariæ, attingunt; imo ne alimentis quidem uſuraque vitæ digni habentur. Tam rigida & ſanguinolenta conſtitutio extat adverſus miſeros illos, vel potius contra parentes ipſos, ut Juſtinianus vult videri in *Nov. 74. in fine, Sed ſit,* inquit, *ſupplicium hoc etiam patrum, ut agnoſcant, quia neque quicquam peccatricis concupiſcentiæ eorum habebunt filii.* Item in *Nov. 89. cap. ult. in pr. Omnis qui ex complexibus aut nefariis, aut inceſtis, aut damnatis proceſſerit, iſte neque naturalis nominatur, neque alendus eſt a parentibus, neque habebit quoddam ad præſentem legem participium.* Inter hos ſine dubio ſunt adulterini, & inceſtuoſi.

* Conf. Chriſtinæus *Dec. Cur. Belg. Vol. 4. Dec. 64. n. 4.*

(e) *Poſ. 14. 15. 16.* (f) *Poſ. 17. 18. 19. 20.* (g) *Poſ. 21.*

Quid

Digitized by Google

Quid de his, qui nati ſunt e nuptiis contra alia legum præcepta contractis, veluti parentibus invitis? Nuptiæ non ſunt hæ, nec hi liberi naturales, & complexus ſunt damnati; atque e contextu Novellæ hujus colligitur, Imperatorem eos omnes, qui naturales dici nequeunt, (ſeu Patris, ſeu duntaxat matris reſpectu, ut ſpurii vulgares,) ſub illa triſti clauſula complecti. Jam quod ab hereditate illi omnes excludantur, id recte habet; neque hoc pro pœna liberis inflicta haberi poteſt, ut alias dictum; verum quod neque alendi ſint tales, id φιλανθρωπίαν juris Romani egreditur. Ergone fame necandi & abjiciendi, ut nec miſericordiæ cauſa fas ſit eos ali? Nefas id quidem. Litera tamen hujus textus ita indicat, idque mutatum creditur a Pontificibus in *cap. eum haberent. ex. qui dux. ux. quam poll.* Cuperem mollius excipi ſententiam Juſtiniani; neque enim conſentaneum videtur, ita obiter rem adeo atrocem ſancire, & crudele ſupplicium contra inſontes parvulos decernere eum, qui dixerat, patrum ſe intendere pœnam duntaxat, eum Principem, qui ubique manſuetudinis & clementiæ affectat laudem! Cogita, uti ſæpe eſt immodicus verborum, an non hoc tantum velle videatur, ut a ſucceſſione omni excludantur, in quo totus eſt per totam iſtam Novellam, dicit, *non eſſe illos naturales, non eſſe illis de alimentis proſpiciendum, ut beneficio legis, quæ de ſucceſſionibus eſt, fruantur.* Hereditas naturaliter liberis debetur, quia ſunt alendi; quibus non debetur, hi tales ſunt, ut nec alimentis digni habeantur, quod alias non ſemel a nobis dictum eſt: Igitur qui de ſucceſſione liberorum legislator agens increpat aliquos ut non dignos alimentis, eosque a lege ſua removet, nihil in hos aliud quam mulctam ſucceſſionis ſtatuere videtur. Quare autem in hunc ſenſum verba Juſtiniani profluere non videantur, tantum cauſæ non video, ut potius Buſyrin aut Saturnum ex Cæſare noſtro faciamus. Paulo aliter alibi diſſeruimus, cujus ſumma eſt; ſi maxime lex nefarie natis alimenta non dignetur impertiri, quæ tanquam legis beneficium petant, quemadmodum naturales, legitimis extantibus liberis, honorantur, ut intelleximus; tamen officium Judicis, quo tales liberi a parentibus alantur, minime defuturum; a parentibus, inquam, non ipſis mortuis ex eorum bonis: Atque ita hæc ratio cum priori bene conjungitur. De qua ſic D. Thomaſius.

SCHOLIUM.

Notæ ſunt diſtinctiones Doctorum conſuetæ, quarum ope Juſtiniani ſententiam emollire ſtudent: potiſſimas rejecimus ad Strauch. XI. 21. th. 127. *Autoris explicatio* in prælect. d. l. & in Auſpic. domeſt. orat. 8. p. 255. ſeqq. *uti Stilo Juſtiniani ſeu potius Triboniani, omnium optime convenit, ita egregie perſuadet, eum quod illi opponi queat, nihil reſtet amplius.*

DE SUCCESSIONE ADSCENDENTIUM.

9. (h) De ſucceſſionibus publicis regnorum atque feudorum, non eſt privati juris interpretis agere. Sequitur ergo ſecundus ordo ſuccedentium ab inteſtato, qui eſt ADSCENDENTIUM, *d. Nov. 118. c. 2.* quibus in defectu liberorum, credit Lex defunctos maxime bona relicta voluiſſe. Nam etſi parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus Parentibus quam liberis pie relinqui debet, ait Papinianus in *l. 15. pr. D. inoff. teſtam.* Adſcendentes ſunt vel ſoli, vel una cum illis defunctorum fratres aut ſorores, germani germanæve, mortuorumque liberi. Quando ſoli ſunt, habemus regulam tralatitiam, quod proximi remotiores excludant, ſine diſcrimine, materni an paterni ſint, in poteſtate habuerint defunctos, an non. Pater igitur & mater, ſinguli ex hereditate ſemiſſem capiunt. Si pater materve non ſuperſint, avi & aviæ, ſecundum hos proavi & proaviæ, ac ita deinceps admittuntur. Hi autem neque ſecundum capita, nec repræſentatione, bona partiuntur; Nullæ enim heic ſtirpes ſunt, quæ faciunt repræſentationem; Quomodo igitur? ſecundum lineas; Paterni ferunt unum ſemiſſem, materni alterum, bonorum videlicet quæ defunctus reliquit, ſine ulla diſtinctione, unde bona venerint; Paterni adſcendentes, licet defuncto nihil contulerint, omnesque ſint inopes, medietatem juſtam totius ſubſtantiæ, quam defunctus reliquit, accipiunt, *d. cap. 2. verſ. ſi autem.* dictum enim eſt antea, fundamentum ſucceſſionis legitimæ, jure Romano, non eſſe aliud, quam præſumptionem de affectu defuncti; qui credendus eſt, non minus bene cupiviſſe adſcendentibus tenui for-

(h) *Poſ. 22. & ſeqq.*

tuna

Digitized by Google

tuna, quam ampliore poſitis. De adſcendentibus ex juſtis nuptiis tantum loquimur: quod ad reliquos attinet, de his pro repetitis habenda ſunt, quæ modo collocavimus, quippe eodem modo tenendum eſt, parentes ſuccedere ejusmodi liberis, quo liberi ipſis: Nempe legitimatis, adoptivis,(exceptis arrogatis impuberibus, *§. 3. I. de adopt.*) ſuccedunt parentes. Nothis & ſpuriis matres, non æque Patres; his enim prorſus non, illis in ſextantem, conjuge non relicta; nam de liberis monere ſupervacuum eſt, adulterinis & inceſtuoſis prolibus, ſuo quidem magno merito non ſuccedunt nefarii genitores.

10. (i) Quando defunctus juxta Parentes reliquit fratres ſororesque, iisdem Parentibus genitos, juſtiſſima ratio exiſtimandi eſt, quod eos, qui ex una ſecum ſubſtantia parentum ſunt, cum his conjungere voluerit, ut Natura eos conjunxiſſe videtur. Adeoque fratres & ſorores germani, eadem cum patre & matre complexione involvuntur, iisque adæquati ſunt. Unde multi colligunt, adſcendentes ulteriores, avum ſcilicet aviamque, a fratre atque ſorore germanis excludi;* ſed hanc Jacobi Belviſii ſententiam, licet eam Chaſſanæus ſit ſecutus, pridem nigros tuliſſe calculos, affirmat Fachinæus *l. 6. contr. 7.* Eandem tamen ut juris indubitati, tradunt alii, etiam D. Schotanus exam. *ad tit. ff. de ſuis & legit. hered.* argumento *cap. 3. Nov. 118.* ſine dubio ex *princ.* ubi poſt adſcendentes primos vocat Imperator ad hereditatem, *fratres & ſorores ex eodem patre & ex eadem matre natos, quos etiam,* addit, *cum patribus ad hereditatem vocavimus;* cui accedit ratio illa ſuperior; quemadmodum avus a Patre excluditur, ſic & ab eo arcetur, qui Patri æqualis eſt, nimirum fratre germano. Ad textum reſpondeo, non eſſe faciendum, ut ſententias juris ex iis locis probemus, in quibus obiter tantum id, de quo quærimus, tractatur, maxime ſi ab aliis, ubi hoc ex profeſſo agitur, diſcrepent. Dicitur heic, quod fratres germanos Cæſar cum Patribus vocaverit, quod eſt verum; etiam eſt verum, quod junctos cum patribus avis antepoſuit. Sed ideo non eſt verum, quod, Patre nullo exiſtente, avus etiam excludatur. Verba ſanctionis ſunt in *d. cap. 2. verſ. ſi vero. Si vero,* inquit, *cum adſcendentibus inveniantur fratres, aut ſorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu adſcendentibus vocabuntur,* μετὰ τῶν ἐγγυτέρων τῷ βαθμῷ. Proximi autem ſunt, quos nulli præcedunt, *l. 92. d. V. S.* Nec ratio fert, ut ſecundus collateralis adſcendentem ſecundum excludat, cum adſcendens ordo potior illo habeatur. Ad argumentum dic, non raro contingere, ut quis per alium conſequatur, quod ſolus non habet; Exempla vide in *l. 10. §. ult. de bon. poſſ. c. tab. & l. 1. §. ult. unde liberi.* & in hac ipſe ſpecie *Nov. 127. c. 1.* fratrum defunctorum liberi, ſuis filiis juncti, cum adſcendentibus admittuntur, qui ſoli exiſtentes penitus excluderentur. Igitur fratres patribus juncti præferuntur his, quos patres excludunt. Quando pater & mater deſunt, ipſi excludere nequeunt eos, qui modo a ſolis patribus arcebantur, non ab ipſis, niſi per Patres. Plane autem requiritur, ut fratres, aut ſorores, utrimque ſint conjuncti, ut diſerte ait textus; Evidenter enim major adverſus germanos, quam erga uterinos & conſanguineos, eſſe ſolet affectus. Ideo Pater excludit quoque fratrem per ſemet defuncto duntaxat junctum, & mater ſuo filio ſuccedens arcet proprium quoque filium, quem ex alio patre, quam quo defunctus eſt natus, habebat, ut judicatum Sandius refert *lib. 4. tit. 9. defin. 4.* Ratio eſt, quia non conſideratur neceſſitudo inter eos, qui ſuccedunt, ſed inter eum, qui ſuccedit & cui ſuccreditur, hujusque præſumpta voluntas. Hinc etiam non attenditur, unde bona defuncti venerint, ſed Pater excludit fratrem uterinum, etiam a bonis defuncti maternis, ut nudius tertius quam hæc ſcribo conſultus reſpondi; neque enim Lex eſt ulla quæ diſtinguat.

11. (k) Fratrum defunctorum liberos, utrimque nempe junctorum, una cum fratribus & adſcendentibus admitti, dicere occupavimus ex *Nov. 127. c. 1.* quæ poſterior quinquennio hac, in qua verſamur, eatenus ei derogat; Nempe jure repræſentationis, tantumdem ut accipiant, quantum Parens eorum, ſi viveret, habiturus fuiſſet, idque per patruos ſuos obtinent; ſoli enim cum ſunt liberi, per adſcendentes excluduntur; ut ex

* Jus Sax. autem ſolos Aſcendentes hoc caſu ad ſucceſſionem vocat, quos quocunque in gradu conſtitutos omnibus a latere venientibus præfert, *L. R. L. 1. art. 17.* Carpzov. *p. 3. C. 14. def. 4. 5.* Id. *p. 3. C. 17. d. 6. 7.* Struvius *Jurispr. For. L. 2. tit. 10. §. 13.* Coler. *p. 1. deciſ. 47. n. 3.* ita quidem ut pater & mater æqualiter ſuccedant, ſalvo manente patri eo, quem in bonis filii habet, uſufructu ad dies vitæ, v. *P. 3. C. El. 17.*

(i) *Poſ. 27.* (k) *Poſ. 28.*

d. cap. 1. ſatis perſpicue colligitur, etſi Forſterus *lib. 7. de ſucceſſ. cap. 2. & 3.* per otium diſputet, in ſtirpes an in capita nepotes ſoli exiſtentes veniant, nec alii pauci contrarium ſentiant, quos Curia noſtra ſecuta eſt apud Sandium *lib. 5. tit. 8. definit. 5.* Soli per ſe non poſſunt admitti, quia gradu remotiores ſunt, & in ordine tali, qui poſtponitur adſcendentibus; Repræſentatio illis prodeſſe deberet; hæc autem manifeſto ceſſat, ubi thios non habent, *d. N. 118. c. 3. in pr.* Ipſi fratres eum adſcendentibus in capita ſuccedunt, ac ita quidem, ut portiones ſuas pleno jure conſequantur, nec uſusfructus earum ad Patrem pertineat, quanquam filius defunctus in poteſtate ejus fuerit, adeoque, vivo ipſo, Pater uſumfructum habuerit, ut diſerte ſcriptum *ſub finem d. cap. 1.* in verbis: *ſive ſuæ poteſtatis, ſive ſub poteſtate fuerit is, cui ſuccedunt.* Unde apparet, evenire poſſe, ut patris conditio per ſucceſſionem filii ſui multo fiat deterior; nam ſi ponas, defunctum ſex reliquiſſe fratres & ſorores, parentes duos; Pater eo mortuo, octavam duntaxat plenæ proprietatis habebit partem, qui modo omnium bonorum gaudebat uſufructu, qui hic longe pluris erat æſtimandus.

DE SUCCESSIONE COLLATERALIUM.

12. (l) Sequitur tertius ordo, eorum, qui a latere conjuncti ſunt; inter quos ſucceſſio dijudicatur regula communi; Qui prior gradu, is potior eſt jure: niſi quatenus illa regula paucis admonitionibus limitatur. Primi igitur omnium veniunt fratres defuncti διπλευροι, ab utroque latere conjuncti, excluſis uterinis & conſanguineis, quanquam hi germanis olim æquabantur, *d. Nov. 118. c. 3. pr.* Sed affectus defunctorum merito flagrantior in διπλεύρους, quam quibus vitrici aut novercæ nomen intercedit, præſumitur. Eadem tamen præſumpta defuncti voluntas dictat, uti mortuorum fratrum aut ſororum liberi loca parentum impleant, ut tamen iſta teneritudo ad ſequentes gradus non extendatur, *d. pr.* Fratrum igitur liberi cum patruis amitiſque ſuccedunt in ſtirpes, per repræſentationem,* qua tunc demum gaudent, quando cum propriis thiis, hoc eſt aliquo fratrum, vel ſororum defuncti, concurrunt; ſubitio enim in locum, non aliter eſt neceſſaria, quam ſi gradus propinquior ad defunctum exiſtat, qui remotiorem excluderet, niſi repræſentatio illum admoveret. Nec tantum frater defuncti germanus, ſed & uterinus & conſanguineus, faciunt germanorum liberos habiles repræſentationi, & quidem contra ſe ipſos. Poſtea enim quam hoc effecerunt, ut liberi in locum parentum ſubeant, æque a liberis excluduntur, quam a parentibus excluſi fuiſſent: quanquam citra repræſentationem, eujus ipſi cauſa ſunt, liberos fratrum præcedere potuiſſent.

13. (m) Quando nulli extant fratres germani, aut liberi germanorum, ſed fratres uno vinculo conjuncti, per patrem alii, quidam per matrem; conſanguinei, inquam, cum uterinis, hi pariter ſuccedunt, ſecundum regulam tota hac *Nov.* fundamentalem; inter cognatos lineæ paternæ atque maternæ nihil eſſe differentiæ. *In ſecundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno Parente conjuncti ſunt defuncto, ſive per Patrem ſolum, ſive per matrem,* verba ſunt Imperatoris in *d. cap. 3. in pr.* Tota hac conſtitutione, qui pariter ſuccedunt, in univerſam hereditatem bonaque a defuncto relicta indiſtincte ſuccedunt. Diſtinctio bonorum, unde profecta ſint, aliena eſt a ratione juris Romani, quod pro fundamento habere præſumptum defuncti affectum, ejusque cauſam & normam ſanguinis eſſe neceſſitudinem, non ſemel diximus. Reſpectus æquitatis extrinſecus, ut quæque bona illuc, un-

* Hoc Jus repræſentationis in linea collaterali, ceſſat in Saxonia Communi & Electorali, *arg. LR. l. 1. art. 3. LR. l. 1. art. 17.* Zobel. *p. 3. diff. 17. n. 7. P. 3. C. El. 18.* §. Wir wollen aber. *j. P. 3. C. El. 29.* Unde cum in Receſſu Imper. Wormatienſi *d. ann. 1521. §. 19.* jus repræſentationis confirmaretur, Elector Sax. contra iſtam Conſtitutionem proteſtatus eſt dicto *Rec. §. 40.* verbo: Doch. Coler. *p. 1. dec. 48.* Berlich. *p. 3. Concl. 24. n. 17.* Unde fruſtra Mynſingerus veretur, ne cauſa ad Cameram delata, ſententia reformetur, *reſp. 36. n. 6.* ap. Carpz. *p. 3. C. 18. d. 2. n. 7.* cum nec facile ex Saxonia ad Cameram cauſa transferri queat, & Aſſeſſores Cameræ juxta conſuetudines & jura cujusque loci pronunciare teneantur. Interim non modo Archiepiſcopus Magdeb. Albertus, in Archiepiſcopatu ſuo Jus Commune Imperii recepit, v. Berlich. & Coler. *ll. cc.* idemque in Numburgenſi Epiſcopatu obtinet, Richter. *dec. 4. n. 37. ſeqq.* ſed etiam ipſe Elector Saxoniæ in feudis Juri repræſentationis locum eſſe voluit, *v. P. 3. C. El. 29.* ibique Moller. *n. 2.* & Carpz. *def. 1.*

(l) *Poſ. 30.* (m) *Poſ. 31 & ſeqq.*

de venerunt, revertantur, praxi quidem aliarum gentium approbatur, ſed a jure noſtro, inprimis a Juſtiniani conſideratione in hoc noviſſimo ſtatuto, abhorret. Adverſam igitur & inimicam juri ſententiam putamus, quod bona Paterna conſanguineis, materna uterinis debeantur.* Juſtinianus horum fratrum ſucceſſionem æque generalibus ordinat verbis, atque ſupra paternorum maternorumque adſcendentium. In quibus cum ſententia interpretum prævaleat, partitionem bonorum debere eſſe promiſcuam, quid cauſæ queat eſſe, ut verba Juſtiniani hoc loco ſecus quam ſuperiori accipienda putent, non percipio; Niſi quod *Lex 13. §. ult. C. de legit. hered.* contrariæ opinioni prætextum dederit. Atqui Juſtinianus in *princ. hujus Nov. 118.* diſerte vetuſtas leges de ſucceſſionibus ab inteſtato abrogat, *eaque ſola, quæ nunc conſtituit, vult obſervari,* nominatim ea ſeſe aboliturum ſpondet, *per quæ differentia inter cognatos ex maſculis & feminis introducta fuerat:* qualis manifeſto fuit etiam hæc inter fratres uterinos & conſanguineos diſtinctio.

SCHOLIUM.

Conſentit Autori Strauch. XI. 27. *ubi in notis* p. 131. ſeqq. *placuit contraria ſententia, quam nunc muto, inductus rationibus* heic loci *allatis.*

Contraria tamen, quia communis eſt Dd. ſententia, fori praxin fere abripuit, eamque Curia noſtra ſecuta eſt, apud Sandium *lib. 4. tit. 8. def. 1.* poſteaque rurſus, quod recordor.

14. Quando defunctus nullos reliquit fratres, utroque, vel alterutro Parente ortos, tunc ad filios fratrum ſucceſſio devolvitur, & quidem ſecundum capita ſive numerum perſonarum, quia repræſentatio non habet locum, niſi cum propriis thiis concurrant; ut aperte docet Juſtinianus in *d. cap. 3. pr. & §. ſed & ipſis.* Eſt autem vox græca, *thii* Θεῖοι, quam retinemus, quia compendio ſignificat patruos, avunculos, amitas, materteras. Ex eadem ratione aliqui concludunt, quod nec interſit, utrum filii fratrum ſint germanorum, an *μονοπλεύρων* a patre tantum, quia cum ſubitio in locum parentum ceſſet, nihil ſupereſſe videtur, niſi ut diſtantiam graduum ſpectemus, quam in omnibus eandem eſſe compertum eſt. Sed nimis enorme & abſonum foret, eos, qui patres altero gradu propinquos excludunt, non idem juris habere contra filios tertio gradu a defuncto diſtantes. Decet nos ita jus interpretari, ne legiſlatorem aperte abſurda voluiſſe, ſtatuamus. Cum quæritur, an filii uterinorum & germanorum concurrant, uterini debent probare, ſe pari gradu differre; ut hoc oſtendant, primo ad ſtipitem recurrunt, inde ad ſuum parentem, hunc ejus oſtendunt conditionis, ut, ſi viveret, repelleretur: ab eo tamen ſuum jus deducunt; Ratio, quæ repulit patres, illis non obſtat. Sed hoc, quod pater repelleretur, illis obſtat. Textus etiam *d. cap. 3. §. 1.* ex quo probatur ſcilicet, ſolam graduum ſpectari diſtantiam, loquitur expreſſe de caſu, quo neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquit. Atque hæc merito & Cujacii *ad hanc Nov.* & Dd. communis ſententia eſt, uſu fori comprobata, teſte Sandio *lib. 4. tit. 8. def. 3.* diſſentit Wiſſenb. *hic.* Cæterum conſanguineorum, vel uterinorum filii, ſoli exiſtentes, remotiores cognatos, etſi utrimque conjunctos, ſine dubio excludunt.

15. (n) Nam poſt concurſum inter fratrum liberos, dicimus reſolute, ſpectari ſimplicem graduum prærogativam;** Qui ſunt ejuſdem gradus, hi concurrunt, & remotior cedit propinquiori, ſine ulla repræſentatione, differentiaque duplicis vinculi, denique cognationis aut agnationis, *d. cap. 3. in fine.* Quare ſi defunctus thios, hoc eſt, patruum, avunculum, amitam, aut materteram reliquerit, juxtaque eos fratrum ſororumve liberos, quoniam hi omnes in tertio gra-

* Nec apud nos inter bona Paterna & Materna diſtinguitur, ſed fratres conſanguinei ac uterini in utraque æquali jure ſuccedunt, *P. 3. C. El. 14.* ubi vid. Carpz. *def. 4.* Cæterum in hac Conſtitutione contraria ſententia dicitur Juri Communi convenire, quam etiam defendit Carpz. *d. l. def. 1.*

** Jure Saxonico Unilaterales ſemper uno gradu exiſtimantur eſſe remotiores, quam bilaterales. Unde frater Uterinus cum germani liberis concurrit, LR. *L. 1. art. 3. P. 3. C. El. 18.* §. Wann aber. licet Jure Civili ab iis excludatur, *Nov. 118. c. 3.* Contra Pronepos ex fratre Germano, potior eſt in ſucceſſione, quam Pronepos ex Unilaterali fratre, *a. d. art.* Carpz. *p. 3. C. 18. d. 24.* Schœpffer. *Synopſ. Jur. Priv. ad lib. 38. de S. A. 7. n. 49.* cum Juſtinianeum duplicitatis vinculum hoc plane non attendat, ſed utroſque æquali Jure ad ſucceſſionem admittat.

(n) *Poſ. 37. 38. & ſeqq.*

du ſunt ſiti, putamus, pariter eos admitti, * idque ſecundum verba mentemque Juſtiniani ſatis claram, in *d. cap. 3. in fine*; Contraria, quoniam in communem Doctorum abiit, videamus quo fundamento nitatur. Id eſt in *d. cap. 3.* verbis hiſce; *Quandoquidem igitur fratris & ſororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum ſuccedentes locum, ſoli in tertio conſtituti gradu cum iis, qui in ſecundo gradu ſunt, ad hereditatem vocentur, illud palam eſt, quia defuncti thiis, maſculis & feminis, ſive a patre ſive a matre, præponuntur, ſi etiam illi tertium ſimiliter cognationis obtineant gradum.* Male habitus eſt ab interprete hic locus; audiamus ipſum Cæſarem. Ὅποτε τοίνυν τοῖς τοῦ ἀδελφοῦ καὶ τῆς ἀδελφῆς παισὶ τοιοῦτο προνόμιον δεδώκαμεν, ἵνα τὸν τῶν γονέων ὑπεισιόντες τόπον, μόνοι τρίτου ὄντες βαθμοῦ, μετὰ τῶν ἐκ δευτέρου βαθμοῦ πρὸς τὴν κληρονομίαν καλοῦνται. ἐκεῖνο πρόδηλόν ἐστιν, ὅτι τῶν θείων τοῦ τελευτήσαντος, ἀῤῥένων τε καὶ θηλειῶν, εἴτε πρὸς πατρὸς, εἴτε πρὸς μητρὸς εἴησαν, προτιμῶνται· εἰ καὶ ἐκεῖνοι τρίτον ὁμοίως συγγενείας βαθμὸν ἔχοιεν. Poſteriorem verſiculum ita rectius vertit Haloander: *illud manifeſtum eſt, quod patruis & avunculis neque non amitis & materteris defuncti præferantur, tametſi ſimiliter & illi tertium cognationis gradum obtineant.* Sanxerat prius Imperator, ut filii fratrum præmortuorum una cum fratribus defuncti per repræſentationem ſuccederent. Quo ipſis indulto, tanquam conſequens inde deducit, quod etiam thiis defuncti præferantur; diſerte ideo tradit, eos præferri, quia privilegium repræſentandi hoc caſu illis dederat, ut ita non per ſe, ſed propter thios ſuos defuncti thiis præferantur; Thiis igitur privilegioque ceſſantibus, in ſuis terminis relinquuntur, quibus nihil aliud habent, quam jus tertii gradus, quod ipſum habent thii defuncti. Ratio, quam diſſentientes (quos ſequitur uſus fori) ſuggerunt, quod fratrum filii ſint inſtar deſcendentium, ad quos difficilius recurrat hereditas, haud quidem inepta erat, quæ juri ſtatuto circumdaretur; at ſtabiliendo minime eſt ſufficiens. Quin ex hac ratione fratris nepos etiam præferendus eſſet Patruo, cum tamen Doctores communiter quoque ſtatuant, ne quidem patruelibus eum præferri, qui in pari ſunt gradu; quod ſine dubio eſt veriſſimum.

16. Hinc etiam dicendum, fratris uterini filium cum thio pleno defuncti concurrere, ** quia duplicitas vinculi ultra quæſtionem inter fratris liberos non extenditur, *d. cap. 3. in f.* multo magis patruum: vel avunculum defuncto ab uno latere conjunctum, præferri filio patrui utrimque conjuncti; ſimiliter patruum ex uno, ſimul admitti cum matertera ex utroque latere conjuncta; quæ ſpecies ſunt apud Sandium *lib. 4. tit. 8. def. 2.* Plane ſuperior regula, quod proximus gradu ſit jure potiſſimus, nihil obſtat, quo minus in infinitum producatur; *omnes deinceps a latere*, inquit Juſtinianus *d. cap. 3. in f.* Quod Imperator nullis finibus circumſcripſit, id nobis limitare nefas. Doctores tamen ita quaſi in re minime dubia tenent, olim cognatos duntaxat ad ſextum, agnatos ad gradum decimum fuiſſe admiſſos, per *§. ult. I. de ſucceſſ. cognat.* Unde cum hodie differentia inter cognatos & agnatos nulla ſit, omnes eis decimum gradum conſtitutos colligunt admittendos, ut multa probatur autoritate apud Forſterum, *l. 3. de ſucceſſ. cap. 9. n. 1. & 2.* qui tamen ipſe, *cap. ſeq.* veriori merito ſententiæ accedit: Eo quod olim quoque agnati ſine fine graduum vocati fuerint. Neque enim ulla determinatio legitur in *§. 3. Inſt. de ſucc. legit. agnat.* neque in *§. ult. de ſerv. cognat.* quin ibi; *etſi longiſſimo gradu ſint*, vocantur agnati; clarius adhuc in *l. 2. §. 1. de ſuis & legit. hered.* ſcriptum eſt; *deincepsque cæteris; ſi qui ſunt hinc orti, in infinitum.* Ex quibus liquet, etiam pro hypotheſi juris novi, ſuppoſita ſaltem agnatio-

* Autoris ſententia, qua Patruum cum Germanorum fratrum liberis ait concurrere, in Saxonia Communi attenditur, quoniam in tertio omnes gradu conſtituti ſunt, unde in capita inter eos dividitur hereditas, *a. LR. L. 1. art. 17.* Zobel. *p. 3. diff. 17. n. 10.* Carpz. *p. 3. C. El. 18. d. 4.* Coler. *p. 1. d. 48. n. 13. ſeq.* Richter. *de Succ. ab Int. ſect. 111. m. 1. n. 70.* Jus autem Electorale hoc caſu fratrum liberos ſolos ad ſucceſſionem admittit, *P. 3. C. El. 18.* ibique Carpz. *def. 4.* & Moller. *n. 3.* Berlich. *p. 3. Concl. 24. n. 34. ſeqq.* Struv. *Ex. 38. th. 33.* Atque hanc ſententiam etiam Juri Civili convenire, contra Autorem Zobelius, Berlichius, Carpzovius *ll. cc.* Salicet. *ad Auth. poſt fratres. C. de legit. hær. n. 2.* aliique Dd. ſtatuunt.

** In Saxonia Electorali frater unilateralis quidem excludit patruum ex utroque latere junctum, *P. 3. C. El. 18.* §. Wenn aber. ibique Carpz. *def. 14.* Struv. *Jurispr. For. l. 2. t. 30. §. 10.* ſed unilateralium liberos excludit patruus bilateralis, Carpz. *d. l. def. 16.* licet hic a fratrum Germanorum liberis excludatur. v. Carpz. *ibid. def. 4.* & Struv. *l. c. §. 18.*

Mm 2 nis

nis cognationiſque uniformitate, omnes ſanguine junctos, quibus propinquior nemo reperitur, ad ſucceſſionem admitti. *

17. (o) Deficiente omni ſanguinis linea legitima & naturali, prætor olim ex præſumpta defuncti voluntate, & æquitate manifeſta, conjuges admittebat in ſolidum, idque recentiori jure confirmatum, *l. un. C. Unde vir & uxor.* neque id a Juſtiniano mutatum eſt; Generalis enim abrogatio legum vetuſtarum, de qua eſt in *pr. d. Nov. 118.* loquitur de tribus ſuccedentium ordinibus, non de conjugibus, neque de fiſco. Cum autem vir & uxor jure civili conſenſu fiant, non videtur copula carnalis, ut huic beneficio locus ſit, eſſe neceſſaria, argumento inſuper ex *l. 15. de C. & D.* ſuffragante: quanquam de lucro dotis, vi ſtatuti vel pacti conjugibus competente, aliter diſputari poteſt, ut facit Bronchorſt. *l. 5. miſcell. 98.* Gail. *obſerv. 79.* Mynſ. *5. obſ. 99.* quippe dotis lucrum reſpectu matrimonii ſecuturi & implendi conceditur, at hæc ſucceſſio ex ſolo affectu defuncti proficiſcitur.

18. (p) Jure noviſſimo, adhuc alia ſucceſſionis ſpecies recepta eſt, quando conjux præmortuus eſt locuples, ſuperſtes autem laborat inopia, tum hic cum liberis communibus ſuccedit in virilem portionem, ſi tres, aut plures ſint; ſi pauciores, in quartam, ſcilicet uſufructu tenus. ** Deficientibus autem liberis, quartam plenæ proprietatis aufert cognatis, in quam tamen legata a defuncto relicta imputantur, *auth. præterea. C. unde Vir. & Ux.* cujus argumento idem de eo, quod mulier in dote habuerit, affirmandum videtur. Irnerius verba authenticæ ita temperavit, ut de viro perinde ac de muliere intelligenda videantur. Et ſane *Nov. 53. cap. 6.* in fine *princ. & §. 2.* ſatis aperte, tam de viro quam de muliere loquitur, ὁμοίως μὲν ἐπὶ τῶν ἀνδρῶν, ὁμοίως ἐπὶ τῶν γυναικῶν, κοινὸν γὰρ καὶ τοῦτον ἐπὶ αὐτοῖς τίθεμεν τὸν νόμον. *Perinde quod ad*

* Jure Saxon. Succeſſio cognatorum ad gradum ſeptimum reſtricta videri poterat, *a.* L. R. *l. 1. art. 3.* ſed contrarium apparet, ſi dicto articulo jungas *lib. 1. art. 17. & 19.* Unde ultra ſeptimum gradum ſuccedendi Jus cognatis apud nos competere, docent Schneidewein. *ad pr. I. de hered. quæ ab inteſtat. deferunt. in tertio ordine ſuccedent. n. 39.* Schulzius *Syn. Inſt. tit. de tertio ordine ſuccedent. lit. l. verbo: & quamvis.* & Carpzovius *Part. 3. Conſt. 18. Def. ult.* qui tamen *ibid. n. 2. & 5.* cum Colero *dec. 53. n. 1.* ſucceſſionem hanc Collateralium ad decimum gradum reſtringit. Sed Autoris ſententia, qui omnes omnino cognatos in infinitum ad ſucceſſionem admittit, omnino præferri meretur; cum *§. f. I. d. ſucceſſ. cognat.* exemplum remoti gradus ſaltem recenſeat, non ulteriores gradus excludat. vid. Struv. *S. J. C. Exerc. 38. th. 35.* Stryk. *de Succ. ab Int. Diſſ. 3. c. 1. §. 29.* conf. Menck. *Gymn. Polemic. Controv. Jur. Civil. Diſp. XV. th. 7.*

** Eandem portionem Jure Saxonico communi uxori in caſum inopiæ relinquendam eſſe, patet ex Carpz. *p. 3. C. 20. Def. 15.* diſſent. Coler. *dec. 61. n. 49.* niſi ſtatuto aut conſuetudine ſpeciali alia portio ipſi fuerit determinata, conf. Struv. *S. J. C. Ex. 38. th. 41.* Richter. *de Succ. ab Int. Sect. 4. membr. 4. n. 4.* Moller. *ad d. C. 20. n. 61.* Sed Jus Saxonicum Electorale uxori arbitrium relinquit, utrum portionem ſtatutariam accipere, an illata velit repetere, *d. C. §. f.* ibique Carpzov. *def. 6.* Continet autem portio ſtatutaria liberis exiſtentibus quartam, deficientibus tertiam partem hereditatis Mariti, quam uxor capit, ſub onere Geradam & omnia ſua bona conferendi, *d. C.* ibique Carpz. *d. 16. 17. 18. ſeq.* Statutum autem Lipſienſe Uxori, etiamſi liberi ſint ſuperſtites, ſine diſcrimine tertiam & jus retinendi Geradam largitur, idemque ei optionem *d. C. El.* datam relinquit, licet alias uxor portione ſtatutaria locali vi Reſcripti D. Chriſtiani II. de an. 1606. teneatur eſſe contenta, vid. Leipziger Willkühr *art. 29.* Leipziger Ordnungen, Privilegia und Statuta p. 295. Carpz. *ad d. C. def. 6. def. 13.* Maritus autem Jure Saxonico Comm. & Electorali, in omnia conjugis mobilia ſuccedit, L. R. *l. 1. art. 31.* L. R. *l. 3. art. 76. P. 3. C. El. 22.* ſalvis tamen rebus Geradicis, quas mediante inventario proximæ cognatæ uxoris defuncti reſtituit, & legitima liberorum ac parentum. Ea enim deficientibus immobilibus, ex hiſce mobilibus ſupplenda eſt. Carpz. *ad d. C. def. 18. 19. & 22.* Ita vero maritus omne æs alienum, quod ratione mobilium contractum eſt, ſolus, *a.* L. R. *L. 1. a. 34.* ratione immobilium ſucceſſor in immobilia, commune pro rata maritus diſſolvit, vid. Carpz. *d. l. d. 15. 16. 17.* conf. Qu. Sept. Flor. Rivini *Diſſ. de marito herede mobiliari in Saxon. Lipſ. 677. inaug. hab.* Cæterum Statuto Lipſienſi hoc particulare debetur, quod maritus ad uxoris ſine filia defunctæ Geradam, retenta etiam mobiliari ſucceſſione, admittatur, *Stat. Lipſ. d. Gerad. d. 1672. a. 1. 3.* Si nulla adſint mobilia, in Electoratu nihil ex uxoris hereditate maritus lucratur, *a. d. art. 76.* Carpz. *l. 2. def. 24.* *cum reſp. Fac. Jur. Lipſ. Menſ. Jun. 1701.* Sed Jure Communi Saxonico ſucceſſionem ex *Nov. 117. c. 5.* haud denegant, v. Berl. *p. 3. Concl. 29. n. 69* Nicol. *Reſ. 12. n. 179.* conf. Struv. *S. J. C. Ex. 38. th. 41.* Richter. *de S. A. J. Sect. 4. membr. 2. n. 58.* De Succeſſione Geradica, Heergewettica &c. ad Digeſta nonnihil infra monebitur.

(o) *Poſ. 43.* (p) *Poſ. 44.*

viros

Digitized by Google

viros quam quod ad mulieres; communem hanc enim utrisque legem conſtituimus, & *§. 2.* εἴπερ ἀπόρως ὁ ἀνὴρ ἢ καὶ γυνὴ διάκειται, *ſi quidem inops aut vir aut mulier exiſtat.* Sed huic Novellæ derogatum eſſe per *Nov. 117. cap. 5. in fine.* tradit ex Cujacio & Rittershuſio noſter Wiſſenbachius, *diſp. ad Inſt. 30. th. 51.* verba derogatoria ſunt hæc; τὸν ἄνδρα γὰρ ἐπὶ τῶν τοιούτων θεμάτων, τὸ τέταρτον μέρος, μετὰ τὸν πρότερον ἡμῶν νόμον ἐκ τῆς ὐσίας λαμβάνειν τῆς γυναικὸς, πᾶσι τρόποις κωλύομεν. *Virum enim in ejusmodi caſibus, quartam partem, juxta legem pridem a nobis latam, ex ſubſtantia uxoris accipere, omnibus modis prohibemus.* Sed cogitandum illud Hippocraticum, μηδὲν εἰκῆ, μηδὲν ὑπερορῶν. Exiſtimo, hanc abrogationem non eſſe generalem; ſed ita demum per hunc locum viro ſucceſſionem negari, ſi quidem ſine cauſa uxorem matrimonio exegerit; idque ex verbis præcedentibus: Τὴν μέντοι ἀλόγως ἐκβληθεῖσαν, ἐν αὐτῷ τῷ καιρῷ τῆς ἐκβολῆς τὸ μέρος κελεύομεν λαβεῖν τὸ περιεχόμενον τῷδε τῷ νόμῳ. *Mulierem quidem ſine ratione ejectam, ipſo tempore, quo ejicitur, partem hac lege ipſi debitam accipere jubemus.* Tu dices, nulla tum connexio inter utramque periodum, quam tamen requirit ſenſus propter particulam γὰρ, *enim.* Sed dicam, nihilo fore meliorem, ſi verba ſecus accipias, connexionem. Quare enim mulier ſtatim ac ejicitur, quartam accipit? an ideo, quia vir nunquam ei ſuccedit, ut tranſitoria particula indicare videbatur? nulla hæc αἰτιολογία. Sed noſtra hypotheſi conſtabit melius, *mulier ejecta ſtatim petit quartam;* quid autem, ſi prior ipſa moreretur, atque vir tunc inops eſſet, ut fere ſolent γυναικομαστίγες? nihil hoc moratur; vir *enim* quotieſcunque ἀλόγως uxorem expulit, hujus legis beneficio non gaudet, ait Imperator, quemadmodum nec mulier, quæ intra annum luctus ad ſecundas tranſvolavit nuptias, *l. 1. & 2. C. de ſec. nupt.* Bene igitur habet communis Pragmaticorum ſententia, hanc conjugum ſucceſſionem reciprocam ſtatuentium. Moribus hodiernis Viri & uxoris ſucceſſio, tam illa ex Edicto, quam ex jure noviſſimo, varie aut recepta aut improbata eſt, ut D. Voetius probat, *tit. Inſt. de ſucceſſ. ab inteſt. n. 12.* Apud nos viget haud dubie.

(q) *Poſ. 45.* (r) *Poſ. 46.*

19. Succeſſio ex pactis dotalibus, frequens inſtituto populorum hodierno, a jure quidem civili aliena, *l. 15. C. de pactis.* ſed Praxi forenſi comprobata eſt, ut Sandius teſtatur, *lib. 2. tit. 2. def. 7.* In Friſia tamen juris communis valere obſervationem, idem teſtatur, hactenus ſane, ut liberam teſtamenti factionem pacta dotium non tollant, an tamen rigide juri Romano Amphictyones noſtri inſiſterent, ut ne quidem valere pacta paterentur, ſi nihil contra teſtamento ſit cautum, valde dubitarem, quia plerique, a quibus illa pacta improbantur, valere tamen ea volunt, quaſi in vim ultimæ voluntatis, ſi nihil contra ſit diſpoſitum, ut Sandius eadem definitione obſervat. Simile de unione prolium eſto judicium, qua conjuges paciſcuntur, ut Liberi, quos e diverſis habent matrimoniis, pariter ſibi ſuccedant. Nam & hujus etiam jure Friſico non erit ille effectus, ut Parentibus liberam teſtandi facultatem eripiat, ſed tantum, ut quaſi ab inteſtato velut liberi ſuccedant; Si modo etiam hoc jure potiri poſſint, quandoquidem nulla ſpecialis de hac prolium unione conſuetudo Friſiorum extat. Cæterum, poſt conjuges, ad affines, qui per conjuges junguntur, nulla lex propagat ſucceſſionem, *l. 7. C. comm. de ſucceſſ.* Unde privigno inteſtato non ſuccedit vitricus, *l. 3. C. eod.* neque comprivignis jus eſt ultro citroque capiendæ hereditatis, *l. 5. in f. eod.*

20. Eſt tamen, (q) ut poſt conjuges aliquando obtineat ſucceſſio ante Fiſcum. Nempe, ſi quis decurio, navicularius, cohortalis, vel fabricenſis deceſſerit; Quippe eorum bona non fiſco, ſed collegiis & corporibus, quorum ipſi membra ſunt, acquiruntur, *l. 1. & t. t. C. de hered. decur. navic. cohort. &c.* niſi quod una particularis ſucceſſio, adhuc ipſa illa collegia antevertat. Nempe, ſi quid a principe donatum ſit pluribus, id uno ex illis deficiente, ad hos, qui ſunt participes ejuſdem liberalitatis, devolvitur, *l. un C. ſi liberal. Imp. ſine hered.*

21. (r) Poſtremus locus Fiſco datur; ſi neque deſcendentes, neque aſcendentes, neque a latere agnati vel cognati, neque conjuges, nec collegia, quibus hoc jus ſit, extent, tum bona vacantia redigantur in Fiſcum, *l. 1. in pr. de ſucceſſ. Ed.* Jure naturali poterant Nullius videri, ceſſura occupantibus: at cum merito incommodis & rixis videretur obnoxium, univerſitas civium jus hoc ſibi, id eſt, Reipubl. vindicavit, *l. 1. & 4. C. de bonis vac.*

Poteſt

Poteſt tamen Fiſcus ab eo, qui heredes legitimos non habet, neque teſtari vult, fideicommiſſo gravari, *l. 114. §. 2. de legat. 1.* Debent autem vacantia illa bona Fiſco nunciari intra quadriennium, *l. 1. §. 2. de jure fiſci.* quanquam alioqui vindicandis iis, quæ in commiſſum ceciderunt, non niſi quinquennio præſcribatur, *l. 2. C. de vectigal.* facta autem nunciatione intra quadriennium, quæſtio quidem ulterius proferri poteſt, *arg. d. l. §. penult.* Verum ſi quis intra quadriennium detulerit, etſi deſtiterit, tunc alius poſt quadriennium nunciare non poteſt, niſi primus ſit prævaricatus, & cauſam prodiderit, *l. 10. in princ. de diverſ. & temp. præſc. d. l. 1. §. ult.* Dinumeratur autem quadriennii tempus, non ex opinione hominum, ſed *de ſubſtantia bonorum vacantium*, inquit Papinianus in *d. l. 10. §. 1.* hoc eſt, ut puto, non quando homines opinantur, defunctum heredibus carere, quia nullum norunt; ſed cum plane & certo conſtat, nullum extare ſucceſſorem, cum ratio genealogiæ explorata eſt, aut qui ſuccedere poſſunt, hereditatem repudiarunt, *d. §. 1. & d. l. 1. §. 2. de jur. fiſci.* Solus autem Fiſcus habet hoc jus, non civitates, quæ ſuperiorem agnoſcunt, *d. l. 1. C. de bon. vacant.** Olim bona quoque damnatorum ita, ut pœna mors naturalis vel civilis eſſet, in fiſcum redigebantur, *l. 1. in pr. de bonis damnat.* Hodie non aliter, quam ſi deficiant deſcendentes vel aſcendentes, in tertio gradu, quibus ſucceſſio manet ſalva: Collateralibus præfertur Fiſcus *Nov. 134. c. ult. in fin.* excepto majeſtatis crimine, cujus damnatorum bona adhuc indiſtincte publicantur, *d. §. fin.* Moribus varie jus vetus aut novum ſervatur; Plerumque ceſſant publicationes, ac ut obtineant, opus eſt ſtatuto, teſte Perezio ad *tit. C. de bon. præſcript.* cujusmodi cum nullum ſit in Friſia, non videmus confiſcationes ibi uſitatas extra Majeſtatis crimen.

(s) Non poteſt heic omitti Quæſtio frequens in foris hodiernis, a Juris Romani tamen aliena terminis: Quia ſæpe fit, ut diverſum jus ſuccedendi ab inteſtato in locis, ubi defunctus habuit domicilium, atque in iis locis, ubi bona ſita ſunt, obtineat, dubitatur, ſecundum utrius loci leges ſucceſſio regenda ſit. Communis & recta ſententia eſt, in rebus immobilibus ſervandum eſſe jus loci, in quo bona ſunt ſita; quia cum partem ejusdem territorii faciant, diverſæ juriſdictionis legibus adfici non poſſunt; verum in mobilibus nihil eſſe cauſæ, cur aliud quam jus domicilii ſequamur; quia res mobiles non habent affectionem verſus territorium, ſed ad perſonam patrisfamilias duntaxat; qui aliud quam quod in loco domicilii obtinebat, voluiſſe videri non poteſt;** Qua de re vide Sandium *l. 4. tit. 8. def. 7.* ubi plures citantur Auctores, ſimulque fieri poſſe demonſtrat idem *def. 9.* ut partim e teſtamento, partim ab inteſtato eidem patrifamilias ſuccedatur, e diverſitate Statutorum; velut ſi paterfam. Friſius, locuples heic & in Omlandia, ſcribat heredem, is Friſica bona conſequitur, Omlandica deferuntur ad proximos ab inteſtato, quoniam de immobilibus illic per Leges teſtari non licet.

* Recte monet Dominus Autor, Jus fiſci non pertinere ad Civitates municipales ſec. Jus Civile, vid. Ant. Perez. *ad tit. C. de bon. vacant. n. 2. ſeq.* Struv. *Synt. Jur. Civ. Exerc. 50. th. 47.* Jure vero Saxonico Communi & Electorali, Civitas, quæ per inveſtituram gaudet Juriſdictione ſuperiore, etiam bona ſibi vindicat vacantia, *a. E. X. L. 1. art. 28.* Reinhard. *P. 1. Diſſ. 34.* Coler. *p. 1. dec. 22. n. 3.* Richt. *de Succeſſ. ab Int. Sect. 5. n. 3.* Schilter. *ad ff. Ex. 50. th. 3.* Idemque Jus in pagis Nobilibus aut Juriſdictionis Dominis competit, ſi merum imperium ipſis ſit conceſſum, ut illius onera quodammodo compenſentur, *a. d. art. 28.* Stryck. *de Succ. ab Int. Diſſ. 5. c. 1. th. 16.* Ziegler. *ad Praxin Calvoli, §. Nobiles. n. 23. p. 391.* Schilter. *ad ff. Ex. 50. §. 3.*

** Sententiam Autoris confirmat in Saxonia *Dec. Elect. 54.* unde ratione immobilium reſpicimus ad ſtatuta, quæ in loco rei ſitæ obtinent, non ad locum ubi defunctus habitavit, aut deceſſit, Phil. *ad d. Dec. Obſ. 2.* Carpz. *L. 6. Reſp. 39. Id. P. 3. C. 12. Def. 15.* Richt. *de Succeſſ. ab Inteſt. Proœm. n. 34.* Stryck. *de Succeſſ. ab Inteſt. Diſſ. 1. c. 4. n. 2. ſeq.*

(s) *Poſ. 47:*

Digitized by Google

Tit. XIV.

De Obligationibus.

Tranſitus, & Obligationem recte ad ſecundum Juris objectum referri. Definitio & diviſio obligationis. Explicatur naturalis. Civilis obligatio exponitur. Ejus cauſa, contractus & delictum: Contractus definitio & diviſio. Utraque explicatur.

(a) HAbuimus Jura in Re conſtituta, ſine reſpectu ad certam perſonam, quæque rem ipſam afficiunt, ubicunque exiſtunt, Dominium, Servitutem, Hereditatem, (de pignore alibi agetur.) Tempus eſt, ut diſcamus, quale ſit jus, quod ad rem comparatum eſt; vel potius in perſonam ad rem conſequendam, quod pari paſſu ambulare cum obligatione, neque differre ab ea, niſi modico reſpectu, *ad tit. de A. R. D.* probavimus. Scilicet, Obligatio eſt vinculum inter duos; vinculum, quo debitor & creditor inter ſe conjunguntur, adeoque duabus conſtat partibus, jure Creditoris, & onere debitoris. Illud, *jus ad rem* vulgo dicitur: hoc ſpecialiter obligatio; tametſi *Obligatio* cum reſpectu ad creditorem etiam uſurpetur, ut cum obligatio cedi, vendi, legari dicitur, qua de re latius actum in *lib. 6. Digreſſ. c. 5. & animadv. de jur. in Re & ad rem c. 13.* Non ſequemur eorum ſententiam, qui contra auctoritatem & uſitatem juris, invitaque ratione, nolunt de obligatione tractari in capite de rebus, ſed in primo de perſonis, ideo, quia in *l. 3. de O. & A.* ſcriptum eſt, obligationis ſubſtantiam non in eo conſiſtere, ut rem noſtram faciamus, ſed ut alium nobis obſtringamus. Scilicet, differentiam ejus a modis acquirendi rerum dominia, indicat ibi Juriſconſultus; Obligationem non eſſe cauſam proximam & immediatam dominii, ſed mediatam, interveniente videlicet facto perſonali, per quod jus nanciſcimur, quo in actum deducto, fimus domini, ut verbis ſequentibus ſignificatur, *ad dandum.* &c. Proinde hoc jus diverſum quidem eſt a dominio, ſed inde tamen nequaquam alienum; certe ejusmodi, quod auget patrimonium noſtrum, & merito in bonis eſſe dicitur, *l. 49. de V. S.* Unde & in diviſionibus rerum, obligàtiones diſerte, ut ſpecies earum, collocantur, *tit. Inſt. de reb. corpor. & incorp.* habentque reales effectus, quatenus vendi, in ſolutum dari, donari, atque pignorari poſſunt, *l. 4. de hered. vel act. vend. & l. 1. C. de O. & A.* Plane res eſt manifeſta, quod non modo Triboniani, ſed & Caji in Inſtitutionibus, aliorumque antiquorum ea fuerit ratio; in primo juris libro ſive objecto, ut loquimur, agere de ſtatu perſonarum, deque iis, quæ ad hominem pertinent, ſed eum non faciunt locupletiorem. In ſecundo, de his, quæ ad Patrimonium referuntur, quod ſine dubio & de obligatione prædicari poteſt. Enimvero ſunt *ἰδιογνώμονες* in hac quæſtiuncula Viri alioquin egregii, Vultejus *diſcept. ſcholiaſt. c. 16.* ejusque auditor D. A. Matth. ad *hunc tit. & alibi paſſim.* iterumque hujus auditor, noſterque Præceptor D. Wiſſenbachius; qui rariſſime ab ſui præceptoris ſententiis recedebat. Acquieſcamus in veterum doctrina, non quia vetus, ſed quia vera & immobilis. Sed Theophilus quid ſibi vult? *εἰπόντες*, inquit, *περὶ τῶν πραγμάτων νῦν μετέλθωμεν ἐπὶ τὰς ἐνοχάς.* *Poſtquam diximus de rebus, tranſeamus nunc ad obligationes.* Diſtinguit aperte res ab obligatione; ſed ut in ſequentibus tradit, ea mente, quod obligatio tanquam mater actionis in perſonam, ad caput atque tractatum de actionibus pertineat. Atqui illa ratione Theophilus etiam dominium ut matrem actionis in rem, ad tertium juris objectum referre poſſet. Ordinis hæc eſt, quam modo diximus, ratio manifeſta, in primo & ſecundo objecto ut agatur de his, quæ ad ſtatum perſonarum pertinent, & de juribus, quæ patrimonium augent, ut dominium & obligatio; In tertio de remedio, quo jus perſonale & patrimoniale nobis adſerimus, quod eſt Actio.

2. (b) Definitur obligatio a Juſtiniano, quod ſit juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ, ſecundum noſtræ civitatis jura. Quod ſit vinculum inter duos, & quo ſenſu, diximus *a pr.* Neceſſitas adeo cunctarum obligationum virtus eſt, quanquam Modeſtinus in *l. 25. in pr. de O. & A.* ſenſu plane arbitrario neceſſitatem unam e pluribus obligationum cauſis appellat, qua ſcilicet heres neceſſa-

(a) *Poſ. 1. 2. 3. 5.* (b) *Poſ. 4. 5. 18. 19.*

rius ſit obſtrictus, *§. 7. d. l. 52.* populariter ibi, non ex arte ſumit obligationem, pro facultate qua quis ad aliquid præſtandum quovis modo tenetur; quemadmodum *deberi* ſic aliquando ſumitur, ut quicquid *ad nos pertinet*, intelligatur. *Solvendi* verbum explicatur a Paulo in *l. 3. in præcod.* dum ait, obligationum ſubſtantia in eo conſiſtit, ut alium nobis obſtringat, ad *dandum aliquid, vel faciendum, vel præſtandum.* dare eſt dominium transferre, *§. 14. Inſtit. de Action. l. 75. §. ult. de V. O.* Facere quid ſit, quando ſolutioni & præſtationi opponitur, difficile dictu eſt. Nil melius in mentem venit, quam eum *facere*, qui actum exercet non pertinentem ad implementum generale certi contractus; Ut ædificare domum, pingere tabulam, manumittere ſervum, ire Romam, *l. 72. §. ult. & l. 84. de V. O.* juncta *l. 124. D. eod.* ſimpliciter alioqui *facere* ſignificat etiam *dare* & *præſtare*, ut videre licet apud Briſſonium *in verbo* facere. Præſtare tunc erit, implere quamlibet fidem contractus, quatenus a dando & faciendo diſcrepat, ut *præſtare fidem*, præſtare culpam, id quod intereſt, evictionem, & ſimilia. Cæterum, mixtæ actiones, quæ partim in dando, partim in faciendo conſiſtant, vix eſt ut dentur, una forſitan excepta, quæ eſt de rationibus reddendis; hæc eſt *ad factum* reddendi rationes, & ad *dandum*, ut reliqua præſtentur, *l. 82. de C. & D.* Diviſio, ut diximus, eſt in Naturalem atque Civilem, *l. 8. §. 3. de fidejuſſ. & l. 18. de SCto Macedon.* Neceſſaria eſt hæc diviſio, ad juris ſcientiam: at monendus eſt Lector, definitionem modo poſitam e Juſtiniano, de Civili tantum eſſe conceptam. Proinde, ſi ad hanc diviſionem ordinandam, tantiſper ultima verba definitionis, quæ ſunt hæc, *ſecundum noſtræ civitatis jura.* præcidere velis e memoria, per nos licet. Obligatio Naturalis eſt, (c) quæ ſolo æquitatis vinculo ſuſtineri dicitur, in *l. 95. §. 4. de Solution.* Civilis, quæ legis autoritate ſubnixa eſt. Naturalis obligatio non omnis in pari pretio habetur; Quibusdam enim lex opitulatur, aliis nullam vim tribuit. Quæ hujus ſunt generis; vel neglexit omnino, vel enervavit. Quas neglexit, eas naturalitati ſuæ & conſcientiis hominum reliquit; ut eſt obligatio gratitudinis, veluti ad remunerandum, *l. 25. §. 11. de hered. pet.* item ejus qui legata ex voluntate teſtatoris integra debet, cum nihil ipſi ſit ſalvum, *l. 5. §. 15. de donat. int. vir. & ux.* & heres, qui ex teſtamento non ſolenni, hereditatem aut legatum alii cedere debet, unde ne conſcientiam quidem abſolute obligari, plena manu probavimus *l. 4. Digreſſ. c. 34. & ſeqq.*

SCHOLIUM.

Ergo nec erit obligatio naturalis, ſi ne conſcientiam quidem obligat. Ergo neque hoc exemplum ad theſin ſpectabit? Imo vero, modo diſtinguas inter obligationem naturalem abſtractam a lege civili, & ex hypotheſi legis civilis. Eſt hæc obligatio naturalis reſpectu priori, non eſt reſpectu poſteriori. Aliter paulo Autor in Digreſſ. d. l. 4. cap. 35.

RESPONSIO.

Etiam ſine ea diſtinctione puto, dari Obligationem naturalem, quæ commendat obſervantiam ſui, non imperat, ut eſt obligatio ad remunerandum, & hæc, de qua diximus in loco citato.

N. ADDIT.

Hoc vero eſt repetere ſaltem contradictionem, non reſpondere ad objectionem. Quæ commendat obſervantiam ſui obligatio, & obſtringit conſcientias hominum, ea eſt obligatio ad remunerandum, de qua id diſerte aſſeruerat Autor. De altera vero, nempe heredis ex teſtamento non ſolenni, hereditatem cedere debente, dixerat, quod ne conſcientiam quidem obliget, i. e. ne quidem commendet ſui obſervantiam.

Obligationes, quas jus civile privat effectu ac enervat, ſunt hæ; Pupilli majoris infantia, nam infans plane non tenetur, *l. 25. §. 1. Quand. di. leg. ced. l. 21. ad L. Falcid. & l. 1. in fin. de novat.* juncta *l. 127. de V. O. & l. 41. de condict. indeb.* filiifamilias mutuam pecuniam accipientis, *l. 10.* juncta *l. 1. de SCto Maced.* & mulieris fidejubentis,* *l. 2. & t. t. ad Sc. Vellej.* Obligationes, quibus lex opitulatur quidem, verum non dat agendi

* Huc pertinet etiam obligatio mulieris ſine Curatore in Saxonia contrahentis. Quamvis enim eam naturaliter obligari, Carpzov. *P. 2. C. 15. Def. 7. n. 9. Id. de Jure fam. ſing. dec. 3. poſ. 3. n. 6.* Philipp. *Uſ. Pr. I. Lib. 3. Ecl. 60. n. 11.* Moller. *ad C. 15. n. 60. ſeq.* aliique Dd. ſentiant; efficacem tamen eſſe hanc obligationem, & effectus, quos Jus Civile obligationibus naturalibus tribuit, retinere, vix poteſt aſſeri. Condictionem indebiti Mulieri obligatæ largiuntur ipſi Carpzov. *ad d. C. def. 2.* Moller. *l. c. n. 91. ſeq.* Philip. *ad Dec. El. 24. Obſ. 3. n. 3.* & fidejuſſorem pro ea intercedentem non obligari, infra ad Tit. XXI. oſtendetur. Quare

(c) *Poſ. 6. & ſeqq.*

peten-

petendique jus in foro, his alios tamen effectus minime ſpernendos tribuit: Parit exceptionem, *l. 7. in pr. de Pact.* impedit condictionem indebiti, *l. 13. & l. 26. §. 12. de condict. indeb. l. 10. de O. & A.* recipit Conſtitutum, *l. 1. §. 7. de Conſt. pec.* fidejuſſores, pignora, *§. 1. de fidejuſſ. l. 6. & 7. eod.* Denique, novari poteſt ejusmodi debitum, *l. 1. §. ult. de Novat.* imo, poteſt compenſari, *l. 6. de compenſat.* Hos omnes effectus non dubitamus adſcribere ſervorum obligationi, *l. 13. pr. de Condict. indeb.* ut & nudo pacto, *Is enim natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem ſecuti ſumus*, ait Paulus in *l. 84. §. 1. de R. J.* ubi de pacto haud dubie loquitur, ut ex collatione *l. 1. pr. de pactis.* liquet, quo qui tenetur, eum natura & jure Gentium eſſe obligatum, affirmatur, daturque ei hic effectus, quod exceptionem producat, *l. 7. in. pr. & §. 4. de pact.* Sed hæc utraque ſpecies moribus noſtris incognita eſt.

SCHOLIUM.

Scilicet, quod ad effectum. Nam pactum nudum hodie magis cognitum eſt quam ſtipulatio, etſi hodie pactum nudum actionem producat.

RESPONSIO.

Sufficit igitur, extra uſum eſſe Pactum, quatenus olim erat obligatio naturalis, quo reſpectu heic tantum conſideratur.

N. ADDIT.

Nulla eſt contradictio inter nos, cum ſcholium iſtud non adjecerim correctionis, ſed explicationis gratia.

Auctor ſcholiorum contra diſtinctionem ſuperius poſitam adhuc ita procedit.

SCHOLIUM.

At quomodo hæ obligationes differunt ab obligationibus, quas in totum deſtitutas a jure civili voluit Autor? In obligationibus prohibitis quidem differentia eſt, v. gr. in obligatione filiifamilias, qui prohibetur *mutuam pecuniam ſumere; at ſervorum contractus, item pacta nuda, non ſunt prohibita; Sed obligatio ex teſtamento imperfecto tamen, quam Autor* n. 7. *afferebat, tanquam exemplum obligationis in totum deſtitutæ, exceptionem parit.* vide *l. 2. C. de fideicommiſſ. Et ergo illa non in totum deſtituitur* per hunc n. 10.

Sed & obligatio pupilli n. 8. *ad obligationes plane deſtitutas relata, conſtitutum, fidejuſſores, pignora, novationem &c. admittit.* dd. textt.

RESPONSIO.

Ad primam objectionem; Non diximus, ſervorum contractus & pacta eſſe inter obligationes naturales prohibitas; eſt error elenchi. Ad II. objectionem; neque obligationem e teſtamento imperfecto parere exceptionem, niſi quis facti gnarus, errore juris ſolverit, ut infra de quaſi contr. dicetur. *quo caſu non dicimus, eſſe penitus deſtitutam ſpeciem. Ad objectionem III. Fidejuſſiones, pignora, novationes ſubjectæ pupilli obligationibus, non valent ut earum acceſſiones, ſed ut novæ obligationes, ex voluntate Fidejubentium atque novantium.* infra de Fidejuſſ.

N. ADDIT.

Ad I. Imo autor commiſit ignorationem elenchi, cum ea, quæ de obligationibus prohibitis movi, pro objectione habuit, cum ſit potius conceſſio, & oſtenſio, quod dubium ad illam ſpeciem non pertineat: & ſane ipſe conceſſi, diſertis verbis, ſervorum contractus, & pacta nuda, non eſſe prohibita. Ad II. Ergo hæc diſtinctio facit ad minimum, ut obligatio ex teſtamento imperfecto non referatur ad obligationes in totum deſtitutas, ſed ut tertiam ſpeciem mixtarum conſtituat. Ad III. Diſtinctionem hanc non admittit natura fidejuſſionum & novationum, quæ totæ, quantæ quantæ ſunt, ſunt acceſſiones, pr. §. 1. 3. 5. Inſt. de fidejuſſ.

Cæterum, ad obligationes naturales, quæ jure civili non penitus deſtituuntur, bene refertur obligatio mulieris nuptæ, quæ marito non auctore ſe obligavit, in iis locis, ubi is eſt legitimus Curator uxoris; item obligatio, de cujus cauſa nihil conſtat; de qua *vid. infr. de Inutil. ſtipulat.*

3. Atque hæc de obligatione naturali. Videamus de civili. (d) Hæc vel eſt Civilis tantum, vel Naturalis ſimul. Illa, quæ legum ſub-

Quare rectius fœminam ſine Curatore contrahentem, ne naturaliter quidem obſtringi, Pantſchmann. *Var. Quæſt. l. 2. qu. 5. n. 20.* Berlich. *p. 2. Concl. 17. n. 24.* aut naturalem, ſi qua ſubſit, obligationem omni vi ac effectu civili deſtitui, defendunt Brunnemann. *ad l. 6. ff. de fidej. n. 4.* Joh. Sam. Stryk *de Jur. ſing. fœmin. Hamb. c. 2. th. 34.* licet ipſe Huberus circa finem hujus poſitionis, & Pagenſtecher *in Aphoriſm. Inſt. Lib. 3. aph. 51.* hujusmodi obligationem naturalem efficacem eſſe, exiſtiment.

(d) *Poſ. 12. & ſeqq.*

Digitized by Google

tilitate duntaxat nititur, æquitate deſtituta naturali, quæ propterea parit quidem actionem, ſed per exceptionem, quam ſuggerit æquitas, eliditur.

SCHOLIUM.

Hæc ſaltem obligatio, quoad nomen & ſubtilitatem juris eſt, talis revera non eſt obligatio, jam dudum id ſubodorante Paulo in l. 112. de R. J. Nihil intereſt, *inquit*, ipſo Jure actionem quis non habeat, an per exceptionem infirmetur. *Confer* Philoſ. jur. §. 112.

RESPONSIO.

Philoſophia Juris non debet evertere Juris Hiſtoriam, neque terminos Artis. Paulus de eventu loquitur, quo nihil intereſſe, num detur Actio, an exceptione elidatur, ſatis conſtat; verum ſi tu velis abolere, quicquid ipſo vel ſummo jure conſiſtit, in eventu non conſiſtit, ut & quæ ipſo jure nulla ſunt & quæ reſcinduntur, magnam diſciplinæ partem ſuſtuleris. Qui metu coactus eſt, vere obligatur, quia voluit ἐκ προαιρέσεως, ex deliberato conſilio, etſi obligatio civili effectu deſtituatur. Maneamus igitur in terminis Artis.

N. ADDIT.

Mirandum, quod, qui mihi modo errorem elenchi objicit, tam multiplicem hic committat. Nam (1.) An ego in Scholio tentavi unquam evertere juris hiſtoriam & terminos artis? Annon fere eadem verba reperiuntur in Scholio, quæ Autor habet in lineis præcedentibus, niſi quod id de novo obſervetur, quod Autor etiam concedit, obligationem hanc deſtitui effectu? (2.) Uti vero ex dictis conſtat, me nihil voluiſſe abolere, ita quæ Autor de iis, quæ ipſo jure nulla ſunt, & quæ reſcinduntur, immiſcet, ad hunc locum proprie non pertinent. Cum ea, quæ reſcinduntur, effectus habeant ſuos, ſi non reſcindantur. An obligatio mere civilis nullum habet effectum nec naturalem, quia deſtituitur æquitate naturali, nec civilem, quia eliditur per exceptionem? (3.) Si metu coactus vere obligatur, quia voluit ex deliberato conſilio obligari, falſum eſt, quod Autor dixit modo, hanc obligationem æquitate naturali deſtitui. (4.) Si vero æquitate naturali non deſtituitur, non potuit referri ad obligationes mere civiles, ſed potius tum eſſet obligatio naturalis & civilis ſimul. (5.) Si obligatio mere civilis eſt vera obligatio, debet habere effectum civilem. Sed Autor hic ipſe fatetur, quod obligatio ex metu deſtituatur effectu civili & nitatur ſaltem æquitate naturali: Ergo una eademque obligatio, erit ſimul mere civilis, ſimul mere naturalis &c.

Exempla paſſim occurrunt. Qui ad tempus promiſit, etiam poſt tempus obligatur, *§. 3. I. de V. O.* Qui a creditore ſuo pactus eſt, ne peteret, etiam poſt pactum obligatur, *§. 3. I. de except.* Qui metu coactus, qui dolo deceptus promiſit, jure civili quoque obligatur, *§. 1. & 2. eod. tit.* Dantur vero quædam obligationes mere civiles, quæ non actionem inefficacem, ſed exactionem producunt; quia tales erant, ut propter utilitatem publicam finiendasque lites, ea virtute deberent inſtrui. Ideo præſumptio in illis ſtabilita eſt, quod naturalis cauſa ſemper ſubeſſe credatur. Talis eſt obligatio literarum, *infra de liter. oblig.* rei judicatæ, *l. 25. de Stat. hom.* jurisjurandi voluntarii, *§. 9. infr. de action.* & confeſſionis judicialis, *l. 1. D. confeſſ.* ex quibus datur efficax actio, tametſi debitor revera nihil debeat; In his omnibus non quæritur, an debeatur, ſed an ſcriptum, judicatum, juratum, atque confeſſum ſit.

Obligatio, quæ civilis ſimul ac naturalis eſt, ſine exceptione actionem producit efficacem. Eaque a Juſtiniano duplex in *§. 1. h. t.* traditur; Civilis, & Prætoria. Illa ex legibus oritur, hæc ex Edictis Prætorum, *d. §. 1.* quæ ſtricte ſumpta legibus opponuntur, *l. 7. §. 1. de Juſt. & Jur.* Civilis, quæ aut legibus conſtituta, vel certo jure civili comprobata eſt.

SCHOLIUM.

Hæc diviſio obligationis, fundamentum præbuit diviſioni Magiſtrali actionum, in nativas & dativas. Illa oriuntur ex obligationibus lege civili comprobatis; hæ ex conſtitutis.

Conſtitutæ legibus dicuntur, quæ ſolido quidem juris Naturæ fundamento nituntur, aliis tamen gentibus, aut populo Romano primitus in uſu non fuere; poſtea vero a ſanctionibus Romanis vim ſuam acceperunt, ut ſunt verborum obligationes, pacta legitima, furti ex L. XII. Tab. Damni, ex lege Aquilia; Injuriæ, ex lege Cornelia, & ſimiles. *Comprobata* jure civili ſunt; quæ aliarum gentium jure vim plenam obtinentes, a populo Romano receptæ, addendoque aliquid, vel detrahendo, juris civilis ſunt factæ, *l. 5. de J. & J.* ut ſunt emptiones

vendi-

venditiones, locationes, conductiones, & reliqui juris gentium contractus. Prætoriæ actiones omnes conſtitutæ dicuntur, quia per expreſſa Prætorum Edicta vis obligandi illis addita fuit, ut eſt obligatio ex jurejurando, conſtitutæ pecuniæ, ſimilesque, de quibus *in §. 9. & ſeqq. de Action. cum tit. ſequ.* Sed Prætoriæ obligationes, effectu parum aut nihil a civilibus differunt; imo ſub Civilibus continentur, quando civiles ac naturales inter ſe opponimus, non ſecus ac ipſum jus Prætorium ſub jure civili late ſumpto comprehenditur, *d. l. 7. §. 1. de Juſtit.* Denique fieri poteſt, ut æquitas ſola ſine adminiculo legis ſpecialis actionem producat, ſi prægnantior ſit, & ſi proxime ad aliquem contractum accedat, cujusmodi exemplum eſt in *l. 32. de reb. Cred.* Quoties autem ſimpliciter obligationem nominamus, hanc, videlicet civilem intelligimus;

4. (e) Cujus cauſam & matrem Ulpianus in *l. 7. §. 2. de Pactis.* ait eſſe *συνάλλαγμα*, quod in *l. 19. de V. S.* interpretatur ultro citroque contractum; ſive negotium ultro citroque geſtum, quod eſt duplex, contractus, & delictum. Contractus eſt conventio per ſe producens obligationem & actionem. Genus eſt *conventio*, hoc eſt duorum vel plurium in idem placitum conſenſus, *l. 1. §. 2. de pact.* Cujus duæ ſunt ſpecies, contractus, & pactum nudum, *l. 19. in fin. de nov.* Differentia ab effectu eſt, quia contractus producit obligationem & actionem, quo diſcernitur a pacto nudo; addimus, *per ſe*, ne definitio conveniret pactis legitimis, id eſt, lege vel edicto confirmatis, quæ eum actionem non ſua, ſed legum vi producant, non ſunt tamen contractus, *l. 6. de pact.* Si quis a priori differentiam inter Contractum atque pactum ſcire velit, ea hæc eſt: Omnis Conventio habens proprium & legitimum nomen vel *cauſam*, id eſt dationem aut factum, ea Contractus eſt. Quæ vero neque certum nomen habet, neque in effectum cœpit deduci aliqua datione vel facto, hæc eſt pactum. Ex. gr. Dabo tibi centum, ut ſervum manumittas, hoc eſt pactum; quia nec certi nominis eſt hæc conventio, neque datio vel factum adhuc interceſſit: at hoc negotium; do tibi & mox numero, jam contractus eſt; vel cum tu manumiſiſti, ſtatim contractus eſt: antea finibus nudi placiti ſtabat, *l. 27. C. Locati.* Conventiones, quæ ſpeciale & certum habent nomen, contractus nominati vocantur, ut emptio, venditio, locatio, conductio, mandatum, ſocietas, mutuum, commodatum, depoſitum aliique. Quæ nomine Legitimo carent, datione tamen aut facto ab alterutra parte impletæ ſunt, vocantur Innominati Contractus; quos per *περίφρασιν* ſeu circumlocutionem deſignamus; quales vulgo quatuor numerantur, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias,* de quibus alibi dicendum. Ex omnibus illis una datur actio, præſcriptis verbis, de qua ſimiliter locus erit alibi. Miretur merito quis, harum ſpecierum differentias peti a nominibus, quod in reali & morali diſciplina abſurdum videatur. Sed ſciendum, nomina nihil eſſe quam notas & ſigna differentiarum, quæ revera aliunde ſunt petendæ. Nempe quoniam aliqui contractus neceſſarium & frequentem in civili ſocietate uſum habebant, ideo determinatam certamque legibus naturam, certas in foro agendi formulas, aſſiduoque hominum uſu certa nomina acceperunt; quibus enunciatis, quia ſtatim quilibet vim atque effectum eorum intelligebat, a nominibus quoque nuncupari cœperunt. Sed reliqui cum eſſent rariores minusque neceſſarii, operæ pretium JCti vix putarunt, peculiares certosque præſcribere terminos, aut ordinarias & ſolennes actionum dare formulas; adeoque neglectim ſunt habiti, ut ne appellationibus quidem ſpecificis diſtincti fuerint. Hæc eſt differentia, & ejus ratio; Scilicet uſus & utilitas frequens aut infrequens. Illa facit, ut nominati contractus ſint certi, innominati magis incerti, unde actio præſcriptis verbis incerta dicitur, *l. 6. C. de permut.* Hinc nulla inde certa petitio, ſed in id quod intereſt agi ſolet, *l. 7. de præſc. verb.* Huic quoque incertitudini tribuo, quod innominati contractus pœnitentia retractari poſſunt, ab eo, qui a ſua parte conventum implevit, antequam alter viciſſim impleverit, *l. 5. in pr. §. 1. & 2. de condict. cauſ. dat. c. n. ſec.* Eſt & alia quaſi-diviſio contractuum, qua dicuntur aut veri eſſe, aut quaſi-contractus, *§. ult. h. t.* Veri ſunt, qui expreſſo conſenſu ineuntur. Quaſi contractus, qui ſine conventione pariunt obligationem, de quibus *infra* dicemus. Veri & nominati contractus rurſum abeunt in quatuor ſpecies; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut conſenſu, *§. ult. h. t.* Si quis roget, cur non omnes contractus, quia ſunt conventi-

(e) *Poſ. 10. & ſeqq.*

Digitized by Google

ventiones, dicantur iniri *conſenſu*, huic primo ſciendum, plane omnes conſenſu mutuo contrahi, ſed quoſdam ſolo nudoque perfici conſenſu, alios præter conſenſum aliud quid requirere, interventum rei, conceptionem verborum, aut literas.

TIT. XV.

De Obligationibus, quæ re contrahuntur.

Tranſitus, & definitio mutui explicata. Et quod mutuum ſit alienatio. Quo effectu mutuum Re contrahatur. In mutuo non poſſe convenire, uti plus reddatur, quam eſt acceptum. De actione ex mutuo & regula de actionibus aliorum contractuum. De condictione indebiti. Commodati definitio. Actio exinde. Depoſiti definitio explicata, & an rei immobilis ſit depoſitum. De præſtatione depoſitarii. Pignus quid, & quam culpam creditor in pignore præſtet &c.

(a) CONtractus tam veri quam quaſi tales, de quibus in loco dicemus, tam nominati quam innominati, noviſſime in quatuor, inquam, ſpecies dividuntur; aut enim re, aut verbis, aut literis, aut ſolo conſenſu ineuntur. Qui re contrahuntur, id eſt, traditione rei ipſius, ſunt quatuor; mutuum, commodatum, depoſitum, pignus. Mutuum dicimus eſſe, cum quantitas alicui datur ea lege, ut tantundem ejuſdem generis & bonitatis reſtituatur. Per quantitates intelligimus eas res, quæ pondere, numero, menſura conſtant, ut ſunt oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata, æs, aurum, argentum, quarum rerum datione poſſumus ire in creditum, id eſt, mutuum contrahere, quia functionem recipiunt in ſuo genere, *tam per ſolutionem quam ſpecie*, verba ſunt Ulpiani in *l. 2. §. 1. de reb. cred.* id eſt, ut puto, quoniam res illæ talis ſunt naturæ, ut una alterius vice abſque ulla inæqualitate facile fungi poſſit, idque magis per ſolutionem ſive præſtationem ejus quod tantundem eſt, quam redditionem ejuſdem ſpeciei. Talis promptitudo & æqualitas functionis, in ſuo genere vix unquam in corporibus reperitur, ſed plerumque in ſpecies ſive corpora cadit affectio & inæqualitas æſtimationis; neque enim hic equus, hæc veſtis, hoc poculum tam præciſe æque bona ſunt, atque iſte equus, illa veſtis, illud poculum. Quæ ratio docet, ſi quidem & corpora dentur juxta pondus, numerum, menſuram, ita ut nulla inæqualitate diſtinguantur, tunc nihil obeſſe, quare mutuum in illis conſiſtere nequeat; veluti cum tot panes certi ponderis & bonitatis reſtituantur, aut piſces ad pondus numerumve, quod fit in halecibus tam ſalitis quam toſtis, nec non aſellis; & bibliopolæ in libris ejuſdem editionis mutuum omni die exercent.

2. Quantitas *datur;* habet definitio, hoc eſt, dominium ejus transfertur, *in hoc damus, ut accipientium fiant*, ait Imperator, δάνειόν ἐστι, τὸ τὸν λαβόντα γενέσθαι δεσπότην, *mutuum eſt, quo is, qui accipit rem, ejus fit dominus*, ait Theophilus; unde etiam mutuum dicitur, quod ex meo fiat tuum, a quo non abludere Siculum μοῖτον, unde Varro, *4. de LL.* hanc vocem deducit, bene Grotius obſervat, *flor. ſparſ. ad hunc tit.* nam μοῖτον eſt a μοὶ & τὸν pro τεὸν *tuum.* Siculos enim Græcos Doras fuiſſe, ſatis notum eſt. Grotius *dicto loco* etymologiam Juſtiniani eſſe *veram* affirmat; verius videtur, alluſionem eſſe veritati proximam; grammatice autem derivari a *muto*, ut a divido *dividuus*, cernuus a *cerno.* eſt enim mutuum nihil quam mutatio quantitatis. (b) Si dominium rei mutuo datæ transfertur, conſequens eſt, eam *alienari*, quod & diſerte ſcriptum eſt in *l. 16. & l. 41. de reb. cred.* cumque alienatio ſit actus, per quem dominium transfertur, *l. 1. in ſ. C. de fundo dot.* neceſſarium dictu videtur, non tantum in mutuo fieri alienationem, ſed mutuum eſſe quoque alienationem; quoniam eſt actus, per quem dominium transfertur. Subſtantia ejus in hoc conſiſtit, ut res fiat accipientis, *§. 2. in pr. ſupra. Quib. alien. licet, vel non.* ubi pupillus negatur obligationem mutui contrahere, quia rem non facit accipientis. Ut is, qui accipit rem, fiat dominus, ὅρος ἐστὶ τοῦ δανείου, hæc definitio mutui eſt, inquit Theophilus in *d. §. 2.* Duæ res concurrunt ad ſubſtantiam mutui; alienatio, & obligatio; alienatio corporis, obligatio generis ſeu quantitatis,

(a) *Poſ. 1. & ſeqq.* (b) *Poſ. 5. 6.*

Digitized by Google

tatis, τοῦ tantundem; docet hoc idem Theophilus, ὅρος δανείου ἐςὶ, inquit, τὸ τὸν λαμβάνοντα γίνεσθαι δεσπότην, εἶναι δὲ ἡμῖν ἔνοχον, οὐκ εἰς αὐτὰ ταῦτα, ἀλλὰ εἰς ἕτερα τῆς αὐτῆς ὑποςάσεως ἢ ποσότητος. *Definitio mutui in hoc conſiſtit, quod is, qui accipit rem, fiat Dominus, ſit autem nobis obligatus non ad eadem, ſed alia ejusdem qualitatis & quantitatis.*

3. Ita facile ſuſtinebimus rationes Salmaſianas, ut noviſſime ſunt propoſitæ a Bartholomæo Lectio, Jacobi nepote, Lugduni Bataviæ anno cIↃ IↃ CL. in diſſertatione habita, præſide Viro Cl. Bernardo Schotano. *Mutuum*, ait, *conſiſtere in rebus fungibilibus, quæ ut quantitas, non ut ſpecies conſiderantur. Ergo, ſi quidem in ſola quantitate mutuum conſiſtit, dicimus, quod de illa quantitate non fiat alienatio.* Res fungibiles, ſive quantitates, in quibus mutuum conſiſtit, duplici modo conſiderantur, ſubjective, inquam, & abſtracte, (ignoſce terminis prope nimis ſcholaſticis, ſi modo explicent,) hoc eſt v.g. Centum aurei, ut contrectantur καταβάλλονται, aut ut animo concipiuntur. Utroque ſenſu pertinent ad ſubſtantiam mutui; Sed ut ſubjective, ſive materialiter ſumuntur, ita alienatio earum eſt de eſſentia mutui, verum ut abſtrahuntur, ita concedimus, non eſſe alienationem; quoniam hoc ſenſu termini habiles alienationis deſunt, quæſtioque ſtulta eſt, an dici poſſit alienari, quod dominium nullo modo recipit. Sed ſi digna res eſt diſputatione, de quantitatibus, id eſt ſpeciebus quantis, inquirendum eſt, an alienentur; hoc affirmamus, alterum ineptum putamus. Tu negare non potes, mutuum in hoc quoque conſiſtere, ut illa ſpecies, quæ traditur, ex mea fiat tua, proinde ut alienetur. Unde neceſſe eſt, in mutuo fieri alienationem, imo ipſum mutuum eſſe alienationem, quia re, id eſt, ipſa traditione perficitur. Si plus ſit in mutuo, non refragamur; ſufficit hoc, non eſſe alienum a natura mutui, ut in mutuo alienatio fieri dicatur. Pluribus controverſiæ, integris libris agitatæ, non immorabimur, ſat certi, ſententiam Salmaſii, ut ab adverſariis excepta fuit, ipſo fatente, falſam, ut ab autore dein expoſita eſt, ita Logicaſtro quam JCto fuiſſe digniorem. Quis enim ſani homo ſenſus, quantitatem, id eſt ſummam in genere, dicat alienari: cum de illa transferenda nihil actum, aut cogitatum ſit; quæ hactenus tantum in conventione fuit, ut eſſet menſura ejus, quod accipiens reddere deberet?

4. (c) Mutuum eſt demum, quando res *datur*, ſolaque conventione non conſiſtit, etſi ſtipulatio accedat. Hinc, qui pecuniam creditam accepturus, ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet, ne accipiendo ſe ei obſtringat, *l. 30. de reb. cred.* eſt enim ſtipulatio inefficax, ſi quidem cauſa deſtituatur, *l. 2. §. 3. de except. doli.* Conventioni tamen fictione brevis manus adjecta, mutuum conſtitui poſſe, pridem oſtendimus. Præterea dictum eſt in definitione, ea lege dari mutuum, ut *tantundem* reſtituatur. Tantundem reddi nequit, niſi res ſit ejusdem naturæ & qualitatis, ut in *princ. h. t.* habetur, adeoque in eadem bonitate, *l. 3. de reb. cred.* non igitur vinum pro frumento, nec Gallicum pro Rhenano, neque pro vetere novum, *d. l. 3.* Si contingat rem non reddi, vel reddi non poſſe in eadem bonitate, judicem id quod intereſt, oportet æſtimare, *l. 22. eod.*

SCHOLIUM.

Cujus explicationem vide apud Struv. XVI. 36. *& latius apud Wiſſenb.* d. l. th. 10. 11. 12. 13. *Non eſt hodie, inquit Cujacius, vel Judex, vel Patronus, vel JCtus, qui non hæreat maneatque ſuſpenſus, quoties tractatur de hac re. Tu ergo nota obſervantias judiciorum, ubi degis.*

RESPONSIO.

Hac de re dicenda, reſervamus ad tit. ff. de Condict. tritic.

Quæri hic ſolet; mutato valore nummorum, utrius hoc commodum, aut detrimentum ſit, ac utrius temporis ratio, crediti accepti, an reſtituti habeatur. Dicendum, reddi a debitore ſummam mutuo datam, eamque confici ea nummorum æſtimatione, quæ tunc eſt quando ſolvit;* creditori ſatisfit, ſi tantundem, id eſt, eandem quantitatem accipiat; Proinde mutatio-

* Apud nos ſolutionem, in ea bonitate & extrinſeca & intrinſeca pecuniæ, quæ fuit tempore contractus initi, fieri jubet *Conſt. El. 28. P. 2.* ibique Carpz. *def. 4. & 5. conſ.* Churf. Sächſ Müntz-Mandat de an. 1623. §. ob wir nun aber wohl. *Corp. J. S. p. 646. & d. an. 1656.* §. und ſo viel es iſt. *C. J. S. p. 762. ſeq.* ſive melior, ſive deterior ſit moneta tempore ſolutionis excuſa. *Id. l. c. def. 8.* mora tamen debitoris nocet ei, quicquid poſtea ſupervenerit damni creditori, *d. conſt. 28.* Debitor vero propter moram non cogitur in meliore moneta, quam fuit tempore contractus, ſolvere, Carpz. *d. l. d. 15.*

(c) *Poſ. 7. & ſeqq.*

nem publicæ æſtimationis nihil ad creditorem, ſed ad debitorem duntaxat pertinere. Nec aliter obtinet, cum de certa ſpecie monetæ eſt actum, dictumque ut eadem moneta creditum reddatur, tunc totidem ejusdem ſpeciei nummos, quot accepit, mutuatarius reddere debet, quanquam valor eorum fuit mutatus; perinde ac ſi vini, aut frumenti pretium fuerit mutatum, (vid. Molin. tract. de Uſur. *num. 754. & præced.)* quia ſi creditor eundem ſibi valorem exacte reddi voluiſſet, quantitatem ſive ſummam, non easdem monetæ ſpecies ſtipulari debuerat; cui accedit, quod ut plurimum creſcente æſtimatione nummorum, vel decreſcente, pariter creſcant & decreſcant pretia rerum, niſi forte in mutatione prægrandi, temperamento ſit locus, ne creditor in damnum incidat, *l. 99. de ſolution.* MOLINÆUS *tract. de uſur. n. 747.*

Occurrit hic tamen jucunda nec omittenda quæſtio. Victus & condemnatus in impenſas litis, ad 30. libras taxatas, minutiſſimam & rariſſimam conquiſivit monetam, & ſolutionem obtulit in parvulis denariis Pariſienſibus & Turonenſibus. Creditor recuſavit, offerens recipere in aureis, vel ſolidis duodenariis, aut ſimili non adeo contemptibili pecunia. Per ſententiam præſidis Pariſienſis dictum, quod creditor teneretur recipere: appellavit ad ſenatum, ubi (ut in talibus recte & laudabiliter fieri ſolet) conſulti & aditi præfecti monetales, cenſebant male judicatum. Dicebant enim primo, hanc minutiſſimam monetam nigram denariorum parvorum ſive Pariſienſium, ſive Turonenſium, non eſſe factam ad commercia exercenda, & ſolvenda debita, ſed ſolum ad commutandum majores nummos, vel ſupplendum, quod excurrit, ut* in l. Publia. §. Titius. depoſit. *quando minutum aliquid addendum vel detrahendum eſt ſummæ vel pretio. Secundo dicebant, monetam hanc nigram fere omnino eſſe æream, nimisque ponderoſam & oneroſam in magnis ſummis. Sed certe primum juris eſt, excedens artem monetalem, & falſum eſt: cum enim hæc minutiſſima moneta, quantumcunque viliſſima ſit, publice ad formam & definitionem publicam facta & approbata ſit, eſt vera & proba moneta; igitur in ea ſolutio fieri poteſt, ſive in parva, ſive in magna ſumma, cum debitor non ſit obligatus ad aliam certam ſpeciem monetæ, ſed ad quantitatem in genere.* ſic has rationes refutat Molinæus, haud tamen ita, ut mihi ſpernendæ videantur; ſaltem ut temperamento locus eſſe videatur, *videat judex, ne malitiis indulgeatur,* quod tamen nec Molinæus admittit, ita pergens, *qua ſemel oblata in quacunque probata, non reprobata moneta, licet rara & minus frequenti, (ut ſunt denarii Pariſienſes,) debitor obtulit, quod debet; nec ad rem pertinet, quod debitor ex indignatione hanc minutiſſimam monetam conquiſierit: ex quo enim eam habet, & de ea ſolvi poteſt, quid ad rem de origine? Imo ſi peccavit debitor dicta indignatione, magis peccat creditor, qui eſt in ultima mora & culpa, dedignando & averſando probam & legitimam monetam: & ita tandem recte prudenterque pronunciavit ſupremus noſter Senatus, bene judicatum.* Alius forte aliter.

5. (d) Ex eo, quod *tantundem* in mutuo reddendum, bene colligitur, poſſe quidem convenire, minus ut reddatur quam eſt acceptum, ut vero plus reddatur, convenire non poſſe; ſcil. eo quod plus eſt, etiam quod minus eſt continetur, & cui licet tantundem ſtipulari, ei non debet quod minus eſt, non licere ſtipulari, *l. 21. de R. J.* Quare ſi tibi dedero decem, ſic, ut mihi novem debeas, non amplius ipſo jure quam novem debebis: ſed ſi dedero decem, ut undecim debeas, amplius quam decem condici non poteſt, *l. rogaſti. 11. §. 1. de reb. cred.* Neque dixeris, undecimum nummum videri donatum, eo quod donatio jure Codicis pacto ſimplici perpetrari poteſt, *l. 35. §. 5. C. de Donat.* nam hoc ita verum fuerit, ſi contrahentes id egiſſe liqueat, ut liberalitas ab eo, qui promiſit, exerceretur; at in mutuo liberalitas a parte dantis potius intelligitur, cum ejus reſpectu contractus ſua natura ſit beneficus: ideoque nulla cauſa eſt, donationem heic ſup-

* Hinc non tantum Edictum Monet. Ferdinand, *d. An. 1559. §. 11.* in ſumma, licet magna, Creditorem non teneri ultra 25. aureos ſolutionem in pecunia 5. crucigeris minore accipere, cavit. vid. *Tabb. ff. tit. de ſolut. p. 606.* Sed & Ordinar. Cambialis Lipſ. *§. 22.* docet, ſolutionem Cambii fieri non debere in moneta, ſo unter einem Kayſer-Gr. als 8. Pf. 6. Pf. 4. Pf. Brummer, 3. Pf. 2. Pf. u. dergl. §. hic Ord. Camb. poſtea *an. 1685. ſpeciali reſcripto* ita declaratus fuit, daß kein Kauffmann in Wechſel Zahlung dergl. Müntz-Sorten, ſo am Werth unter 4. Gr. ſeynd, in 100. Thl. mehr als vor 20. bis 25. Rthl. wieder ſeinen Willen anzunehmen, ſchuldig ſeyn ſolle. vid. Jo. Chr. Königk. Leipz. Wechſel-Ordn. *p. 62. & 136.*

(d) *Poſ. 8.*

ponen-

ponendi, quæ nunquam in dubio, inprimis ubi palam aliud negotium geritur, ſolet præſumi, ac ita recte Donellus *comment. ad d.l. 11.* Probabilior eſt conjectura, quod partes per undecimum nummum in illa ſpecie locum uſuræ implere voluerint, poſtquam uſu rerum hominumque receptum eſt, uti raro in creditum ſine uſuris eatur. Tamen id ſaltem requiritur, ut merces illa pecuniæ creditæ ſeorſim a ſorte memoretur; alioqui non eſt adhuc ita ſubacta contractus hujus natura, quæ eſt gratuita, ut ſi nihil quam ſimplices mutui termini exprimantur, inde uſura ſtabiliatur. Nam jure civili pecuniæ fœnebris uſuræ citra vinculum ſtipulationis peti non poſſunt, *l. 3. C. de Uſur.* Denique nec ideo, quod moribus hodiernis pactum ſtipulationi æquiparetur, aliud de hac quæſtione ſtatuendum: Nam pactum illud uſurarium adhuc ſeparata conventione explicatur, *d. l. 3.* nec aliter mores ab jure diſcrepant, quam quod ſolennitas, qua ſtipulatio conſtabat, hodie ſublata eſt, ut inferius trademus.

SCHOLIUM.

Videmus tamen in praxi, id quotidie fieri a mercatoribus in literis cambialibus. Sed hæ literæ cambiales contractui chirographario propiores ſunt quam Mutuo.

Quid ſi mutuo, quemadmodum fit, ſtipulatio ſubjiciatur, qua debitor ſe pro decem redditurum ſpondeat undecim, an tunc, quia nummus undecimus ſtipulatione a mutuo ſeparata continetur, auctarium illud peti poteſt? Ne tum quidem, nam mutuum & ſtipulatio pecuniæ reddendæ non ſunt diverſi contractus. Ita enim Ulpianus in *l. 6. §. 1. de Novation.* Cum pecuniam mutuam dedit quis, ſine ſtipulatione & ex continenti fecit ſtipulationem, *unus contractus eſt*, adde *l. ſeqq.* Idem erit dicendum, etſi antea ſtipulatio facta, non pecunia numerata ſit; adeoque non tam re, quam verbis obligatio contrahitur & numeratio vix aliter quam implendæ ſtipulationis gratia fieri intelligitur, *l. 7. cod. tit.* Hæc obſervatio non modo ad uſum hujus quæſtionis, ſed ad univerſam mutui naturam pertinet, maximeque ad ingenium actionis, quæ ex mutuo datur, noſcendum, de qua proinde paucis dicendum.

6. Dictum eſt *ſupra*, quod obligatio ſit mater actionis, ſcilicet in perſonam: obligationis cauſæ ſunt contractus & delictum. Contractus vel utrimque vel ab alterutra parte pariunt actionem. Ab una parte mutuum & ſtipulatio. Qui ab utraque, hi vel utrimque directam, vel ab una parte directam, ab altera contrariam producunt. Directa utrimque naſcitur ex iis contractibus, ubi par fere ſingulorum eſt onus & præſtatio. Verum ubi alter magis & prolixius obligatur, ibi hic quidem directa, alter, qui minus habet præſtandum, actione contraria convenitur. Emptor & venditor, Locator & Conductor, denique ſocii, pari fere modo obligantur; ſed qui commodatum, pignus, depoſitum, mandatum ſuſcepit, longe gravius ac is, qui dedit & commiſit illa negotia, tenetur. Hæc in loco applicabimus. Mutuum, ut diximus, uni tantum parti imprimit obligationem, ſcilicet ei, qui accepit; nam qui dedit mutuum, nihil habet præſtandum. Tenetur autem is, qui accepit, condictione certi, quæ competit ex omni debito, quod eſt certum & determinatum, *l. 9. pr. de reb. cred.* cum enim hoc mutuo examuſſim congrueret, minus e re viſum fuit, novam Mutui actionem comminiſci, tametſi ex aliis contractibus actio fere cognominis oriri ſoleat.

SCHOLIUM.

Puto eſſe condictionem ſine cauſa, cum Struv. XVI. 15.

RESPONSIO.

Condictio ſine cauſa nullo modo convenire poteſt, ubi cauſa validiſſima eſt, repetendi quod mutuum dederis. Struvius *eam dat, ubi mutuum non conſiſtit ab initio*, d. n. 15. ex. 16.

N. ADDIT.

Refutat Autor, quod non dixeram: Dum enim Scholia mea hic in prælectionibus pro lubitu applicat, ſæpius ad alia ſua dicta, quam quibus adjecta erant in poſitionibus, non potuit non aliena mens mihi aliquoties affingi. Ita enim dixerat Autor in poſitionibus. Actio ex mutuo vocatur condictio certi, triplici reſpectu: I. Quatenus re contractum & numeratio facta eſt. II. Quatenus ſtipulatio ad reddendum numerationi adjecta eſt &c. tum condictio certi naſcitur ex ſtipulatione. III. Datur condictio certi, ubi nec ſtipulatio nec mutuum eſt, eo, quod vel Dominus non fuit is, qui dedit, vel jus alienandi non habuit, tum ex conſumptione bona fide facta naſcitur condictio. Hoc ſatis conſtat, EAM certi condictionem, non ſpecialem ex mutuo, ſed eandem eſſe, quæ datur ex omni contractu unde certum debetur. *Atque his ultimis verbis Autoris adjectum erat ſcholium noſtrum. Ex quibus ſatis apparet, & me, & Struvium & Autorem loqui*

qui de caſu, ubi mutuum non conſtitit ab initio; hic vero Scholium meum diverſæ plane Autoris doctrinæ non optima fide fuiſſe adjectum.

Proinde cum ſtipulatio mutui reddendi interpoſita eſt, tum hæc eadem condictio certi datur; ut non tam e mutuo, quam ex ſtipulatu *l. 24. d. tit. de reb. cred.* ut modo probavimus ex *l. 6. §. 1. & l. 7. de novat.*

SCHOLIUM.

Dicunt equidem hi textus, contractum mutui & ſtipulationem eſſe unum contractum, non vero dicunt, quod condictio certi tum naſcatur ex ſtipulatione. Provocat Noſter ad l. 24. ff. de reb. cred. *Sed ibi Ulpianus, niſi egregie fallor, contrarium, & quod tum condictio ex ſtipulatu non detur, aſſerit. Hodie quæſtio parum uſus habet, quia hodie nomen actionis nec neceſſe eſt, ut exprimatur in libello, nec inepte expreſſum, libellum vitiat, modo reliqua recte ſe habeant.*

RESPONSIO.

Si actio non ex ſtipulatione naſcitur, quid ſibi volunt igitur hæc verba d. l. 7. Non puto obligationem numeratione naſci; quia id agitur ut ſola ſtipulatio teneat? *Actio non poteſt non ſequi obligationem. Legis 24. Verba hæc ſunt*; Si quis certum ſtipulatus fuerit, ex ſtipulatu actionem non habet; ſed illa condictitia actione id perſequi debet, per quam certum petitur. *Atqui hæc condictitia certi eſt etiam ex ſtipulatione, ſed non dicitur* ex ſtipulatu, *quia receptum eſt, ut hoc nomen diſtinctionis cauſa uſurpetur, ubi res incerta promiſſa fuerit, τεχνικῶς: ſed φυσικῶς & vere, utraque eſt omnino ex ſtipulatione,* pr. I. de verb. obl. *quod neſcio qui Scholiaſten fefellerit, ut heic condictitiam certi negaret ex ſtipulatione dari actionem. Quod ad uſum attinet hodiernum, in libello, fateor, parum intereſt, ex ſtipulatione an numeratione agere te dicas. Sed hæc Quæſtio pendet ex origine contractus & ejus conceptione: Si quis fateatur in inſtrumento Mutui ſe accepiſſe decem & promittat undecim redditurum, non expreſſa cauſa uſurarum, an nummus undecimus debeatur. Ego non puto, rationibus* ſupra *deductis; etſi, quid Scabinis noſtratibus videretur, adfirmare non habeo. Scimus, praxin fori ſæpe magis æquitate cerebrina, quam natura negotii inſitisque rationibus regi. De hac actione nonnihil* ad tit. ff. de Reb. Cred. *ſupererit dicendum.*

N. ADDIT.

Aſſentior in omnibus Autori. Adeoque jam ferre poſſum, ut Scholium iſtud plane expungatur.

(e) *Poſ. 13. & ſeqq.*

7. Similis ei eſt condictio indebiti, quæ datur ad repetendum id, quod ſolutum eſt, & non debebatur; perinde enim ei condici poteſt, *ſi paret eum dare oportere*, ac ſi mutuum accepiſſet, ait Imp. in *§. 1. h. t.* verba, *ſi paret eum dare oportere*, pertinent ad formulam, quæ a prætore Judicibus præſcribi ſolebat in condictionibus, qua de re *ad §. 14. infra de action.* quin etiam Cajus in *l. 5. §. 3. de O. & A.* eum, qui non debitum accipit per errorem ſolventis, quaſi ex mutui datione obligari, *& eadem actione teneri, qua debitores creditoribus*, ſcribit. Quod tamen ita intelligendum, ſi facta ſit indebiti ſolutio in rebus, quæ pondere, numero & menſura conſtant, quam ſpeciem ideo Cujacius *parat. C. de cond. indeb.* eleganter *promutuum* vocat. Nam aliis rebus indebite ſolutis, res loquitur, eidem actioni, quæ mutuo applicatur, non eſſe locum; ſed tunc in promptu eſt indebiti Condictio, quæ hac gratia reperta eſt. Cæterum & Juſtinianus *hoc §. 1.* & Cajus *d. l. 5. §. 3.* recte monent, ſolutionem indebiti non eſſe contractum, ſed magis diſtractum, quia mens ſolventis ea fuit, ſe vere quod ſolvit debere, proinde ſe obligationem perempturum: niſi quis dicere velit, tacitum ſubeſſe conſenſum, quo is, qui accipiebat & qui ſolvebat pecuniam, intelligebat eſſe reddendum quod daretur, ſi poſtea non deberi conſtaret, qua de re in *tit. de quaſi contract.* ubi propria ſedes hujusce Condictionis eſt: pene ut hæc pro fugitiva paragraphe, quemadmodum Cujacius loquitur, habenda videatur. Niſi hoc unum libeat heic collocare, quod pupillus, ſi ei ſine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum eſt, nihilo magis indebiti condictione quam mutui datione teneatur; niſi quatenus, ut de mutuo perinde alias dictum eſt, e pecunia ſoluta adhuc eſt locupletior, *l. 13. §. 1. de condict. indeb.*

8. (e) Secundus igitur Contractus realis, eſt COMMODATUM, quo certa ſpecies ſive res non fungibilis, datur alicui utenda gratis ad certum finem, modum ac tempus, ea lege, ut finito uſu in eadem ſpecie reſtituatur, *§. 2. h. t.*

Mobiles an immobiles ſint res quoad commodatum, nihil intereſt, *l. 1. §. 1. de commod.* ubi & res incorporales; ſed hæ improprie commodantur, ideoque præſcriptis verbis de illis agitur, magis quam commodati, *l. 17. in pr. de præſcr. verb.* Definitio ſatis indicat, in quibus a mutuo differat commodatum. Nam hic ſpecies datur, id eſt, certum corpus, *l. 54. d. V. O.* In Mutuo, quem-

quemadmodum vidimus, ſunt quantitates duntaxat, ſive res fungibiles. Mutuum transfert dominium, Commodatæ rei nil niſi uſus tranſit. Hinc qui mutuum accepit, damnum caſus fortuiti, quo forte quantitas mutuo data periit, ſuſtinet, *§. 2. h.* quatenus res perit ſuo domino, *l. 9. C. de pignor. act.* & quantitas in genere debita nunquam perire cenſetur, *l. 11. C. ſi cert. pet.* Hinc oritur ultimum diſcrimen, quod heic eadem res in ſpecie reddenda ſit, cum in mutuo tantundem reddatur, ut paulo ante diximus.

9. Verbo *gratis*, diſtinguitur commodatum a Locationibus rerum, vel a contractu, facio ut des, vel facio ut facias, *d. §. 2. in fin.* Quod autem de certo fine, modo, tempore dicitur, id a Precario ſeparat commodatum; quoniam illud ad preces utentis, quamdiu libet domino, conceditur, *l. 1. in pr. de precar.* Dixi, materiam commodati conſiſtere in ſpeciebus, hoc eſt, in rebus corporalibus tam mobilibus, hoc eſt, in rebus corporalibus tam mobilibus quam immobilibus, *l. 1. §. 1. h. t.* forte etiam in rebus incorporalibus, veluti habitatione, *d. §. 1. in fin.* quod tamen improprie monuimus intelligendum eſſe, ex *l. 17. pr. de præſc. verb.* Quin etiam res ſua natura fungibiles dari poſſunt, quando ſub lege reddendi in ſpecie dantur, uti fit in *l. 3. §. ult. & l. 4. h. t.* ubi verba dicis gratia, δίκης ἕνεκα, ſignificant, ad ſolennitatem juris implendam poſſe aliquando pecuniam commodari, ut eadem corpora nummorum reſtituantur, quemadmodum hodie fit apud nos, in exercendo jure retractus, ubi ſæpius emptori primo in ſpeciem juris implendi pretium offertur, quod non recipitur. Nummi quoque veteres contemplandi non expendendi cauſa recte commodari dicuntur, *arg. l. 28. de uſufr.*

10. (f) Actio commodati eſt vel directa vel contraria; ut indicat Rubrica *D. Commodati vel contra.* Nam alter contrahentium evidenter prolixius obligatur, is videlicet, qui rem accepit utendam; Tenetur enim ad rem non modo reſtituendam, ſed & omne damnum rei præſtandum, quod ex culpa etiam leviſſima contigerit, ut Imp. exponit hoc *§. 2. l. 18. de Commod.* Locus hic eſt, quo doctrina de præſtatione culpæ generali regula collocanda eſt. Quid & quotuplex ſit culpa, dictum in *tit. de ſuſpect. tutor.* Sed contractus vel ineuntur in utriusque commodum, vel in alterutrius utilitatem duntaxat. Qui utriusque partis utilitatem continent, mediocri diligentia contenti ſunt levemque culpam recipiunt; qui unius ſaltem commodum ſpectant, hi vel continent utilitatem ejus, qui de damno queritur, vel in ejus gratiam initi fuere, qui damnum fecit. Priore caſu nil niſi lata culpa præſtatur, poſteriore leviſſima; quemadmodum traditur in *l. 5. §. 2. Commodati.* Exempla & exceptiones ſuo tempore & loco nobis occurrent. Caſus fortuiti in nullo contractu præſtantur, *l. 23. in fin. de R. J.* niſi aliter convenerit, *d. l. 32. & d. l. 5. §. 2. l. 1. §. 35. depoſ.* Præſens regula de commodato ita ſeſe habet, plerumque in hoc contractu verſatur utilitas ſolius commodatarii, *d. l. 5. §. 2. in fin.* poteſt tamen fieri, ut in utriusque commodum, imo in ſolius commodantis gratiam commodatum celebretur, ut eſt in *d. l. 5. §. 10. d. l. 18.* ubi exempla; Communes amicos, communi cauſa noſtra, tu convivas excepiſti, Ego argentum tibi commodavi, eſt in utriusque gratiam. Aliud; Prætor ludos editurus ſcenicis ornamenta commodavit; vel doctori librum tibi explicandum commodaſti! Eſt ſolius commodantis gratia, nec aliud quam priori exemplo levis, poſterioribus lata culpa præſtabitur, *dd. ll.*

11. Eſt igitur actio directa, qua commodans, uſu rei, de quo convenerat, finito, rem commodatam repetit, cum eo qood intereſt ſua; nam ante finitum uſum repetendi jus non habet, quod enim primo fuit voluntatis, mox neceſſitatis eſt factum; uti pulchre docet Paulus in *l. 17. §. 3. d. t.* Id quod intereſt peti poteſt ratione culpæ, non quotiescunque res deterior eſt facta, veluti ætate, vel morbo, *d. l. 5. §. 4.* vel diminutione facta per uſum rei ſolitum & in quem commodata erat, *l. 10. in pr. eod.* ſed pro culpa, inquam, ubi quis re non ſit uſus boni viri arbitratu. Actio contraria datur Commodatario, ad repetendum id quod ſua forſitan intereſt, veluti ob impenſas extra ordinem in rem factas; nam ordinarii ſumptus, qui ſecundum cujusque rei naturam requiruntur & ſine quibus earum uſus haberi nequit, a commodatario ſunt præſtandi nec ab illo repeti poſſunt, *l. 18. §. 1. eod.* Poteſt autem hæc actio contraria vel opponi directæ per modum mutuæ petitionis, quam vocant Reconventionem, vel per compenſationem, quæ fit ipſo jure, *d. l. 17. §. ult.* Denique, ſeparato quoque Judicio ſine princi-

(f) *Poſ. 19. & ſeqq.*

pali

Digitized by Google

pali actione, quæ directa eſt; nam poteſt fieri, ut dominus rei nihil habeat petendum, commodatarius autem majores impenſas in rem facere ſit coactus, *d. l. 17. §. 1.*

12. (g) Tertius, qui re initur, contractus eſt DEPOSITUM, Quo res mobilis datur alicui cuſtodienda gratis, ſub fide eandem quovis tempore reſtituendi, *§. 3. h. l. 1. Depoſiti.* Rerum mobilium duntaxat eſſe depoſitum, non modo ex uſu & ſignificatione Verbi, ſed & inde liquet inprimis, quod nullum toto jure immobilis rei depoſitæ exemplum nec ulla mentio reperitur; quod profecto non minus heic fieret, quam eſt factum de commodato, quod vidimus, quia ſaltem non erat minor ratio dubitandi in depoſito quam erat illic. Tamen ratio vix conſtare videtur, quare, cum mobilis rei cuſtodia ſit depoſitum, quod doli præſtationem duntaxat recipit, immobilium rerum ſimilis cuſtodia, mandatum eſſe dicatur; in quam ſpeciem omnino caderet; hoc enim enorme videtur, ut qualitas rerum in movendo aut non movendo conſiſtens, tanti momenti inferat diverſitatem. Sed dici poteſt, non hoc ſolum intereſſe; Nam mandati naturam conſtat eſſe hujusmodi, ut mandatarius factum recipiat, non æque depoſitarius; nam ſi hic ad factum curandum eſſet obligatus, fides flagitaret, ut etiam aliquid culpæ ſuſtineret. Verum ille nihil recipere intelligitur, quam ut res, quoad in ipſo ſit, in eo loco ſituque remaneat atque conſervetur, in quo Dominus eam credere voluit, a quo ſi minus recte collocata ſit, habet quod ſuæ imputet temeritati, *§. 3. h. t.* Ubi vero plus exigitur, & cum primum aliquid facti accedit, depoſiti terminos excedi intelligimus; quemadmodum fit, ſi quis te roget, ut rem ſuam ab aliquo receptam cuſtodias; hoc enim continuo incidit in mandati ſpeciem, *l. 1. §. 13. eod. tit.* Sic etiam, qui rem immobilem ſuſcipit cuſtodiendam, neceſſario ad aliquam facti curam ſeſe obligare videtur: ſcit enim uſu venturum, uti ſæpe ſe conferat in locum, oculis, pedibus manibusque in rem ſit intentus: ut manifeſtum ſit, eum plus tacite promiſiſſe videri, quam qui rem mobilem patitur inter ſuas res deponi; ſiquidem is nihil aliud pollicetur, quam per ſe non fore, quo minus res integra & illæſa recuperari poſſit. Imo ne quidem ſequeſtrationis rei immobilis exemplum adhuc nobis occurrit. Nam quod fructus viri boni cuſtodiæ committuntur, ut eſt in *l. 21. §. ult. de appell.* & *in l. 5. C. Quor. appell. non recip.* quanquam hi textus vulgo ad probandam immobilium ſequeſtrationem proferuntur, tamen nihil in illis extat ejusmodi. Nam fructus ſunt res mobiles, & ſi forte prædium ipſum, de quo litigatur, tertio committatur, ea nusquam ſequeſtratio dicitur, ſed eſt locatio judicis officio facta, velut in *l. 22. §. 8. ſolut. matrim.* tametſi non eſt diffitendum, eam rem valde ſimilem eſſe ſequeſtrationi.

13. Scilicet, depoſitum dividitur in duas ſpecies. Nam eſt vel depoſitum in ſpecie vel ſequeſtratio. Hæc eſt rei litigioſæ, de qua dicamus ad Pandectas, quia Juſtinianus hoc loco nullam ejus mentionem reliquit. Præterea Depoſitum eſt, vel ſimplex, vel miſerabile; hoc quod incendii, tumultus, ruinæ, naufragii, fugæ cauſa deponitur, & habet hoc ſpeciale, quod ex dolo & infitiatione propter enormitatem perfidiæ detur in duplum, *d. l. 1. §. 1. Depoſ.* Cæterum, Re contrahitur usque adeo depoſitum, ut quæ præter rem depoſito cohærent, depoſita non cenſeantur: veluti, ſi homo veſtitus, equus frenatus deponatur, veſtis, frenum pro depoſitis non habentur, *l. 1. §. 5. Depoſ.* quod ſecus in Commodato, ubi culpa, quæ in equo commodato præſtatur, etiam in pullo matrem comitante præſtatur, *l. 5. §. 9. ff. Commod.* adeo ubique id elucet, quod in commodato utilitas commodatarii prolixius eum devinciat, quam depoſitarium, qui nullo commodo fruitur. Cuſtodia, quam præſtat depoſitarius, eſt gratuita, quemadmodum definitio indicat; neque tamen fieri non poteſt, ut ſalarium, ſalva depoſiti natura, accedat, *l. 2. §. 24. de Vi bonor. raptor. l. 5. §. 2. de Commod.* Denique, docet definitio, Depoſitum quovis tempore eſſe reddendum, *l. 1. C. h. t.* etiamſi tempus certum, quo retineatur, ſit adjectum, vel ut poſt mortem reſtituatur, quia talis pactio ſemper in gratiam & in arbitrium deponentis adjecta intelligitur, *l. 1. §. 45. & ſeqq. h. t.*

14. Hæc reſtitutio petitur actione directa depoſiti, quæ datur deponenti, quanquam is forte maleficus, prædo vel fur exiſtat, niſi dominus aut qui jus habet potius, ſuperveniat vel depoſitario notus ſit; tunc enim his faciendam reſtitutionem æquitas omnino flagitat, ut μάλα φιλοσοφικῶς docet Tryphoninus in *l. 31. h. t.* Debet autem res in eadem conditione reſtitui,

(g) *Poſ. 28. & ſeqq.*

qua

qua depoſita fuit, nam ſi deterior reddatur, quaſi non reddita, agi poteſt depoſiti, quatenus ſcilicet dolus argui poteſt, *l. 1. §. 16. h. t.* Sub dolo autem comprehendi culpam latam probavimus *tit. de ſuſp. tut. n.* 7. ubi & limitatio, quam heic loci volumus repetitam; Scilicet, eum, qui in ſuis rebus etiam fuit late negligens, in dolo eſſe, non videri; quanquam & hic ipſe textus ampliat id quod dicitur; latam culpam pro dolo haberi. Nam & aliquando Levis culpa tanquam dolus punietur, ſi quis ſuas res mediocri diligentia ſervans, res depoſitas pari cura non ſit complexus; nam is hoc ipſo doli ſuſpectus & ex depoſitio obligatus eſſe videtur. Nam qui ad ſuum modum curam in depoſito non præſtat, fraude non caret; nec enim ſalva fide minorem depoſitis quam ſuis rebus diligentiam præſtabii, ait Celſus *in d. l. 32.* Levis etiam culpa præſtatur, ſi prætium acceperit Depoſitarius: ne dicas mercedem, quæ vox convenit locationi conductioni, *l. 1. §. 24. de vi bon. rapt.* imo & leviſſimam, ſi depoſitarius ſeſe obtulerit, *l. 1. §. 35. Depoſ.* ubi caſus etiam fortuitus ex conventione præſtatur, adde *d. l. 1. §. 6.* Cæterum, ſi res deterior reddatur, adhuc directa competit, ac ſi plane reddita non fuiſſet, *l. 1. §. 16. Depoſ.* idem de commodato traditur in *l. 3. §. 1. Commod.* quod tamen in id quod intereſt reſolvitur; ne putes, dominum plane haud cogi rem accipere: forte ita, ſi res ad uſum prorſus inepta ſit reddita. vid. Wiſſenb. *ad tit. ff. commod. th. 12.* Denique contraria actio datur depoſitario, ad repetendas impenſas, etiam modicas, velut cibaria, *l. 23. h.* quia depoſitarius non habet uſum rei, ut commodatarius, quem diximus antea, ſumptus ordinarios pro uſu rei, quem habet, facere ſolere atque debere.

15. (h) Quartus realis contractus, eſt PIGNORATITIUS, qui agit de pignore, quod generaliter nihil eſt aliud, quam jus creditori in re debitoris conſtitutum pro ſecuritate crediti; quam ſignificationem latiſſimam, quæ admodum varias continet ſpecies, alibi exequemur. Hoc loco Pignus eſt res mobilis tradita creditori, ut pro debito ſit obligatus in eum finem, ut ſi debitor non ſolvat, ex re pignorata ſolutio conficiatur, *l. 8. §. 1. de pignor. act. §. 1. ſupra Quib. alien. lic. vel non.* Proprie igitur Pignus eſt ipſa res pignorata; Contractus pignorationis ſimpliciter *pignus* haud facile dictum reperietur, niſi huc referas, quod in *l. 35. de reb. auctor. jud.* habetur, *contrahere pignus*, item cum res *pignori capi* dicuntur, *l. 1. C. ſi adverſ. vend.* quibus tamen id nec evincitur. Traditio diſtinguit pignus ab hypotheca, quæ eſt pignoratio rerum ſine traditione, quam habebimus *in §. 7. infra de act.* cui adde *d. l. 9. §. 1.* Jam quæ res pignori poſſint & quæ non poſſint obligari & quæ præterea ad univerſam pignorum naturam pertinent, alibi nobis occurrent *ad ff.* Heic de actione pignoratitia agendum, quæ eſt vel directa, vel contraria. Directa datur debitori adverſus creditorem, cui eſt ſatisfactum, ut rem pignoratam reſtituat, cum eo quod intereſt ob levem culpam. Datur ſcilicet, quando ſatisfactum eſt creditori; ſatisfit autem non modo per ſolutionem modosque ſolutioni æquivalentes, *l. 13. Quib. mod. pig. ſolv.* ſed generaliter hæc actio competit, quando creditor recedere voluit a pignore, licet in eo deceptus ſit, *l. 9. §. 3. de pignor. act.* quotiescunque præterea pignoris obligatio ſoluta eſt, quod quibus modis fiat, alibi tradendum. Denique, non modo rem ipſam creditor, ſed etiam id quod intereſt debitoris, ob levem ſuam culpam, reſtituere debet; quia enim utriusque utilitas in hoc contractu vertitur, palam eſt, nec infra, nec ultra mediocrem diligentiam, eum qui rem tenet, obligari, quod tanquam certi juris traditur in *l. 5. §. 2. de Commod.* quæ eſt Ulpiani. Importunus tamen eſt ejusdem locus in *l. 13. §. 1. de pignor. act. Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in Commodato, venit & cuſtodia, vis major non venit.** Ubi primo, *ut in commodato*, quod leviſſimam recipit; rurſus, ſupra culpam *cuſtodia;* denique ſola *vis major* excluditur. hæc omnia culpam omnem arguere videntur; non eſt tamen, ut Ulpianus in re quotidiana ſibi contrarius fingatur. Comparetio cum commodato, cis terminos habiles & huic materiæ proprios, reſtringenda. In

* Jus Saxonicum tamen Commune, pecudibus oppignoratis caſu pereuntibus, Creditori Jus repetendi debitum denegat. L. R. *L. 3. art. 5. verſ.* ſtirbt aber ein Pferd. Coler. *P. 1. d. 7. n. 29.* Schultz. *Syn. Inſt. h. 1. §. fin. lit. f.* Moller. *ad P. 2. C. El. 26. n. 2.* Carpz. *ad eand. def. 3.* Sed Electoralis Conſtitutio *26. P. 2.* hanc ſententiam, tanquam æquitati naturali quodammodo contrariam, rejicit; Unde caſualis pignoris interitus apud nos Debitori, non Creditori, nocebit. Carpz. *ad d. C. def. 1.*

(h) *Poſ. 38. & ſeqq.*

pignore venit & dolus & culpa, ſc. levis, quia vertitur hic utriusque utilitas, quemadmodum dixi, ait JCtus alibi, ſcilicet, ubi de commodato locuti; Nam & illud, quando commodum utriusque partis continet, levis culpæ præſtationem recipit, *d. l. 5. §. 10.* Neque enim mirari quis debet, commodum utriusque gratia iniri, quando & in ſolius utilitatem commodantis dari poteſt, *d. l. 5. §. 10.* quemadmodum uſu frequens eſt, pignus in gratiam ſolius creditoris dari, quoties ille jus crediti ἄνευ δυνάμεως ἀναγκαστικῆς, ſine coactiva agendi facultate habet: Quo reſpectu aptiſſime ad ſententiam *d. l. 13. §. 1.* dicitur in *d. l. 18. in fine pr.* de commodato dum agitur, *ita ut culpa fiat æſtimatio, ſicut in rebus pignori datis*, ait *Gajus*. Cæterum, cuſtodia vel plena, vel remiſſior eſt, quæ mediocri cura, imo fide bona contenta eſt, *l. 2. §. 1. de peric. & comm. rei vend. l. 35. §. 4. de contrah. empt.* & excluſionem caſus fortuiti non includere culpam leviſſimam, patet ex *l. 28. C. Locati & l. 4. C. de Peric. tut.* adde Cujac. *19. obſ. c. 24.* Ita jacent tres illæ difficultates, quibus elegantiſſimi Vir *ingenii* Gerardus Noodt, Anteceſſor Neomagenſis, emendatione textus in *d. l. 13. §. 1.* ſane quam ingenioſa mederi voluit, pro, *ut in commodato*, legendo, *at* in commodato, *lib. 1. de jur. probab. c. 4.* quam ut laudamus, ita ſequeremur, niſi juris religio vetaret, ullas recipere emendationes ſenſum mutantes, non obſolute neceſſarias.

Contraria pignoratitia Creditori adverſus debitorem datur, ut quicquid ipſius intereſt, ei præſtetur, velut neceſſariæ impenſæ in rem factæ, *l. 8. pr. de pign. act.* aut ſi debitor rem alienam pro ſua, vel aliis prius obligatam dederit: niſi hæc tanta ſit pretii, ut facile utrique debito ſufficiat, *l. 9. in pr. & l. 32. eod.* vel ſi in pignore dando æs pro auro ſubjecerit, *l. 36. eod.* quo tamen facto aurum, in quod conſenſerunt, obligatum eſt, *l. 1. §. 1. eod. tit.*

TIT. XVI.

De Verborum Obligationibus.

Quid ſit verborum obligatio, & ex quo jure ſit orta. Quid hodie inter pactum & ſtipulationem interſit. Stipulationum diviſio, & effectus dici adjecti. Obligationem tempore non finiri. Stipulationis conditionalis effectus. De effectu actionis ex ſtipulatu.

(a) TRanſeamus ad obligationes, quæ verbis contrahi dicuntur, cujus præcipua aut unica ſpecies eſt *Stipulatio;* quæ definitur ſolemnis verborum Conceptio, qua quis rogatus ſpondet, ſe daturum aliquid eſſe vel facturum, *l. 5. §. 1. h. t.* Forma verborum, quæ exacte requiritur & ex qua oritur obligatio, *l. 5. pr. d. t.* ejusmodi eſt: Darene ſpondes? Dare ſpondeo. Dare promittis? Promitto. Viſum fuit ita Romanis e pactionibus nudis, ut antehac diximus, non concedere vim obligandi; quia fortunis omnium civium parum bene conſultum videretur, ſi ex qualibet promiſſione ſæpe inconſiderata, in foro conveniri poſſent. Quæ ratio cum aliis pluribus, movit aliquos, ut ne quidem juri Gentium id eſſe contentaneum putarent, iis pactis, quæ non habent συνάλλαγμα, hoc eſt, ultro citroque obligationem, tribuere vim obligationis; ſed rationes eorum refellit D. Grotius in *l. 2. cap. 11. in pr.* idemque valide probat, ex omni promiſſione, facta cum clara ſignificatione voluntatis de jure proprio in alterum conferendo, ex ratione juris naſci vim obligandi, *§. 4. d. cap. 11.* Unde liquet, recte vulgo tradi, ſtipulationem eſſe contractum juris mere civilis. Etſi enim ipſo jure Gentium conſenſio ſolenniter concepta, utique etiam obliget, tamen nullus eſt eo jure contractus, cujus forma in conceptione verborum conſiſtit. Ut conventiones jure Civili proditæ, juris Gentium, quod ad originem habeantur, neceſſum eſt, ut τὸ φυσιῶδες, materialis ejus eſſentia, rotunde ſit eadem, quæ jure civitatis. Emptio venditio, Locatio Conductio, Societas, Mutuum, Depoſitum, Pignus, omnesque juris mixti obligationes, utroque jure perinde noſcuntur: ſtipulatio aliis populorum inaudita eſt. Non ſufficit, juri Naturæ non repugnare aliquem contractum, quo ſit juris Gentium; ſed quia hoc poſitivum eſt, eodem quo-

(a) *Poſ. 1. 2. 3. & ſeqq.*

que

que receptus eſſe debet. Quamobrem in Pauli ſententia acquieſcamus, qui contractus naturales omniumque gentium non eſſe, qui verbis,ſed qui conſenſu ineantur, docet in *l. 1. Locati.* Hinc quod ſtipulatio quavis lingua poſſit concipi, *§. 1. h. t.* ratio; licet a Cujacio vere maſcula, joco an ſerio dicatur, inanis eſt, ſiquidem ab uſu ſermonis commercii cauſa, ad juris communionem nulla conſecutio eſt.

Sed nonne Legiſlator ipſe Romanus poſtea pacti & ſtipulationis ſuſtulit differentiam, tollendo ſolennitatem verborum, in *l. 10. C. de contrah. ſtipul.?* Dicendum, propius eum, non plane, ad jus Gentium acceſſiſſe. Nam Naturalis & juris Gentium ratio, non modo verbis, ſed & per Nuntium, aut ſcriptura, nos valide vult obligari. Sed Leges noſtræ adhuc verba præciſe & quidem congrua, & eodem contextu prolata requirunt, *l. 1. pr. §. 1. & 2. l. 137. in pr. de V. O.* Eſt & hoc diſcrimen, quod pactum ſit ipſum negotium, quod inter partes agitur, ſtipulatio autem a negotio contracto pendeat, *l. 5. in pr. eod. tit.* quippe reperta,ut alias conventiones & tractatus firmaret,ac quaſi obſignaret, teſte Paulo *lib. 5. ſent. c. 7. in pr.* quo pertinet, quod pactum per ſtipulationem effectum ſumere dicitur in *l. 45. de Pactis.* Nam hic pene ſolus fuit uſus ſtipulationum: uti tractatus inter partes habitos conceptis verbis ſolenniter includerent, ut expeditum actionis effectum conſequerentur. Neque enim primo congreſſu homines ſe verbis ſolenniter formatis aggrediebantur, ſed promiſcuis verbis conveniebant, conventaque, ſtipulatione repetitia, mox confirmabant. Idque adeo in conſuetudinem verterat, ut vix quicquam legitime conventum putarent, ni ſtipulatio ſubjiceretur, ſeu mutuum, ſeu venditio, ſive ſocietas, aliusve contractus iniretur, *l. 71. pro ſoc. l. 88. d. ſolut.* Seneca *3. de benef. c. 15. Utinam,* inquit,*nulla ſtipulatio emptorem venditori obligaret* &c. eoque ſenſu Cujacius *ad l. 16. de V. O.* ſtipulationem vocat πανδέκτην. Mores hujus ſeculi ad ſimplicitatem memoratam juris gentium redierunt, adeoque pacta & ſtipulationes tam quod ad verba, quam quod ad effectus reales attinet, omnia conveniunt; unde quicquid in capite de pactis & de verborum obligationibus reperitur, id omne, quod ad uſum, conferri miſcerique licet ac oportet.

2. Veluti quod in *§. 2. h. t.* habetur, ſtipulationem, aut pure, aut in diem, aut ſub conditione contrahi. Pure, cum obligatio neque die, neque conditione differtur; ſed cum dies ſtatim cedit & ſtatim venit. Dies cedere dicitur, quando obligatio naſcitur; Dies venit, quando peti poteſt cum effectu, *l. 213. de V. S.* Jam cum in diem confertur obligatio,(ſit hoc expreſſe, vel tacite, ut quando locus adjicitur; nam tunc id tempus ſubintelligitur, quo ad locum iſtum perveniri queat, *§. 5. h. t.* ratione itineris civiliter æſtimata, *l. 137. §. 2. de V. O.*) dies cedit confeſtim,quia ſtatim debetur, *d. §. 2. l. 38. §. 16. & l. 46. D. eod.* Cujus rei effectus nobilis eſt, quod is, qui in diem debet, ſi ante diem ſolverit, quamvis per errorem, ſolutum tamen repetere nequeat, *l. 10. de condict. indeb.* Similiter, quod in diem debetur,recipit novationem, *l. 5. de Novation.* & poteſt conſtitui, *l. 3. §. ult. & l. 4. de pecun. conſtit.* Tamen Ulpianus in *l. 41. §. 1. h. t.* diem adjectam efficere ſcribit, ne præſenti die pecunia debeatur, ſcilicet efficaciter ut peti poſſit, quod ante diem non poſſe fieri, adſeveratum eſt, *l. 42. eod. & l. 44. §. 1. de O. & A.* Imo nec ipſa quidem die adjecta recte agitur ad petendum, ſed poſtridie demum, quia labente adhuc die, creditor queri non poteſt, quod ad diem ſibi non ſit ſolutum, ita ut dies illa tota debitoris commodo relinquatur, *d. §. 2. & d. l. 41. pr.* Unde ſequitur, debitorem favori temporis ſibi indulti renunciare poſſe, creditorique, licet invito, ante diem ſolvere poſſe, *l. 50. de O. & A. l. 70. de Solut. d. l. 137. §. 2. de V. O.* niſi id actum eſſe appareat, ut dies creditoris commodo penderet, *l. 17. de R. J.* veluti, ſi quis vere bovem emerit in autumno tradendum & a Patrefamilias mactandum, ut ſit, vid. *l. 15. de ann. leg. l. 17. §. 2. de uſur.* Qui tamen ante diem agit, non agit nihil, ſed male, *l. un. in fin. Quand. di uſufr. leg. ced.* aliquando etiam recte, modo citra executionem, *l. 1. C. de ſent. quæ ſine cert. quant.* Sand. *1. 4. 3.* ut cum jus futurum pendet a jure præſenti; veluti, cum res eſt vendita tribus penſionibus, die primæ penſionis elapſa, reliquas etiam petere licet, executione ad usque dies terminorum venientes dilata.

3. (b) Igitur dies nec inchoat neque tollit aut finem obligationem; ſic enim eſt ratio Juris noſtri, ad tempus non poſſe deberi, *§. 2. h. t.* adeo ut is, qui denos annos, quoad vivet, dari ſtipulatus eſt, jus petendi denos quotannis ad heredem ſuum tranſmittat: qua in re differt a Lega-

(b) *Poſ. 13.*

 10

Digitized by Google

to annuo, quod morte legatarii finitur, *l. 16. §. 1. de V. O. l. 11. de Ann. leg.* Differentiæ ratio videtur, quia teſtator annuum in vicem alimenti deſtinare creditur, cujus ratio cum pecunia ceſſet, qui autem ſtipulatur, jus commodumque ſuum abſolute ſpectat. Facultas, quæ plene perfecteque nobis competit, qualis eſt ea, quæ ex contractu naſcitur, non poteſt eſſe temporalis, quia tum plena atque perfecta eſſe deſineret. Loquimur de ejuſmodi contractibus, in quibus id agitur, ut aliquid juris perfecti ab altero in alterum transmittatur; Nam alioqui multos contractus temporali conventione conſtare manifeſtum eſt, ut commodatum, depoſitum, pignus, locatio & ſimiles; verum in his nihil juris abſoluti transferre volunt contrahentes. De prioribus igitur verum eſt, obligationem certis finitisque modis tolli; quod inter tempus non numeratur, *l. 44. §. 1. de O. & A.* Inter Legatum atque ſtipulationem hoc quoque diſcrimen extat, quod ſtipulatio annui ſit una atque ab origine duntaxat æſtimetur, *l. 16. §. 1. de V. O.* annuum legatum ſit multiplex ſingulisque annis novum Legatum cenſeatur, *l. 11. de ann. leg.* Tametſi vero ſubtilitas juris obligationem in perpetuum, ultra tempus expreſſum producat, ratio tamen æquitatis manifeſto refragatur. Ideoque is, qui poſt tempus gerere pergit, exceptione pacti vel doli mali ſubmovebitur, *d. §. 3. h. t. l. 56. §. 4. eod. tit.*

N. ADDIT.

Vero dixit Autor, ſubtilitate juris obligationem ultra tempus expreſſum produci, & quidem addendum erat ſubtilitate juris parum proficua. Nam commodatum ſane, depoſitum, locatio &c. temporali conventione conſtant, & obligatio ad legatum annuum præſtandum extinguitur morte legatarii. Sunt quidem & reſponſiones, quibus oſtenditur ratio diſparitatis inter caſus allatos, & caſum theſeos, qualis eſt illa, quam modo dedit Autor. Sed & hæ magis ſubtiles quam utiles. Hæc jam tum per modum Scholii addideram poſitionibus. Ergo hic ſuere repetenda, præprimis cum Autor tacendo veritatem obſervationis hujus agnoſcere videatur.

4. In ſtipulatione conditionali dies nec cedit, neque venit, niſi poſt conditionem exiſtentem, quia nec prius obligatio ullo modo naſcitur, ſed tantum ſpes eſt debitum iri, *§. 4. h. t.* idque in omni genere conditionis obtinet, *l. 99. §. 1. l. 115. §. 1. & 2. de V. O. & l. 108. eod. tit.*

SCHOLIUM.

Ergone pendente conditione promiſſor pœnitere poterit? Non; quia ſpes eſt debitum iri, §. 4. Inſtit. h. t. *unde & ad heredem tranſit, ſecus ac in legatis, rationem diſparitatis tradit Autor in* Prælect. *hoc tit. Quam ergo utilitatem præbet doctrina, in Stipulatione in diem, diem cedere ſtatim, in conditionali non cedere, cum utrobique ſint iidem effectus. Et omnino ii, quibus ſub conditione aliquid debetur, etiam creditores dicantur?* l. 42. pr. de O. & A. vid. Not. ad *Strauch.* diſſ. 14. th. 11. p. 158. *Sed adſunt differentiæ, quas collige* ex l. 10. *junct.* l. 16. pr. & l. 56. de cond. indeb. *item* in l. 3. §. 2. *junct.* l. 19. de conſtit. pec. *item* in l. 5. *juncta* l. 14. §. 1. de novat. *& paſſim.*

At conditio negativa, *ſi hoc vel illud non feceris*, impedit obligationem, quamdiu certum non eſt, eam nullo modo extituram; hinc talis, ſi in capitolium non adſcenderis, perinde ſe habet, ac ſi dictum foret, *cum mortuus fueris, §. 4. h. t.* Talis autem; ſi Titiam non duxeris in uxorem, cum aut ipſe vel illa deceſſerint, pro impleta habebitur. Sed ultimas voluntates plenius interpretamur, ut is, cui ſub conditione negativa aliquid relictum eſt, petendi jus habeat, ſi cautionem præſtiterit, *ſe non facturum quod facere prohibitus eſt*, quæ cautio *Mutiana* vocatur, *l. 7. de C. & D.* Denique, in hoc ab ultima voluntate differt ſtipulatio, quod ſpes obligationis conditionalis tranſeat in heredes contrahentium, qui, exiſtente conditione, exinde agere & conveniri poſſint, *d. §. 4. l. 57. D. eod. tit.* Cum Legata conditionalia morte Legatarii ante conditionem exiſtentem penitus extinguantur, ut notum ex *l. 4. & 5. §. 2. Quando dies Legat. ced.* Ratio eſt, quia ſtipulationes, ex eventu quoque ſuſpenſæ, vires tamen e præſenti capiunt, *l. 26. de ſtipul. ſervor.* Legata ſecus, ſcilicet ex eo demum tempore, quo incipiunt deberi, *d. l. 4. & 5.* Paulus hoc diſcrimen collocavit in *l. ult. Commun. prædior. Nec enim,* inquit, *ſicut viventium, ita & defunctorum exitus ſuſpendi, receptum eſt.* Senſus erit; Naturæ contractuum id eſt conveniens, ut ſuſpenſionem recipiant; ideoque, conditione adjecta, nihilominus ab origine ſua, non a tempore conditionis, æſtimantur; quia conditio bene convenit cum obligationis Natura. Defunctorum actus non ſuſpenduntur naturaliter, quia mors eſt ultima linea rerum; proinde cum teſtator volun-

voluntatem ſuam expreſſe vult ſuſpendi, tunc non ſtatim velle videtur, quia voluntas tum ſtatim effectum habere debebat: ſed ea demum pro voluntate habebitur, ubi eventus ille, quem ſignavit, extiterit. Unde legatarius conditionalis, interim creditor eſt, *l. 42. pr. de O. & A.* Cæterum conditio, quæ in præſens vel in præteritum tempus confertur, quia vere conditio non eſt, ut *ad tit. de hered. inſtit. §. 9.* diximus, vim quoque non habet obligationem ſuſpendendi, verum id quod promiſſum, ſtatim aut debetur aut non debetur; tametſi quod ad ſcientiam attinet partium, ſimili modo ſe habet, quo proprie conditionalis, ſi enim liqueat deinde, rem ita ſe habere, valet quod eſt promiſſum; ſi ſecus, non deberi intelligunt, *§. 6. h. t.*

5. (d) Actio ex ſtipulatione dicitur vel ex ſtipulatu in ſpecie, vel condictio certi. Actio ex ſtipulatu datur, quando id quod promittitur, incertum eſt, *pr. h. t.* Scilicet, ubi non apparet, quid, quale, quantumque ſit in obligatione; velut, ſi genus ſtipuleris, niſi quod optimum in eo genere eſt, exprimatur, *l. 75. in pr. §. 1. & 2. de V. O.* alternativa quoque incerta eſt, niſi dictum ſit, *utrum velis*, *§. 8. d. l. 75.* Qui uſumfructum certi fundi ſtipulatur, de incerto contrahit, propter incertam fructuum æſtimationem, *§. 3. ibid.* *Hoc enim magis Jure utimur*, ait Ulpianus, indicans rem non carere dubio; Nam alibi ſcriptum eſt, legatum uſusfructus velut certum haberi, *l. 8. de uſufr. ear. rer.* reſpectu ſcilicet aliarum rerum magis incertarum; aut ita, res incerta eſt ratione fructuum, qui ſunt incerti proventus, certa res eſt, ſi jus ipſum intueamur. Promiſſio tritici, vini, aut olei, quod in illo horreo eſt, pro certa habetur, *l. 75. §. 5. de V. O.* adde *l. 30. §. 4. ad L. Falcid. l. 7. §. 1. de Contrah. empt.* quanquam Theophilus exemplum rei incertæ hujusmodi ponat, *ὁμολογεῖς διδόναι μοι τὰ ἐν τῇ κιβωτῷ, ἢ τὰ ἐν τῷ ὡρείῳ; Promittis mihi dare, quæ ſunt in iſta arca, ſive in illo horreo?* Qui vero fieri, vel non fieri ſtipulatur, incertum ſtipulatus intelligitur, *§. 7. d. l. 75. §. ult. h. t.* veluti foſſam fodere, domum ædificare; modo non ſint *præſtationes certorum* contractuum, qui omnes quidem facti ſunt, voce generaliter ſumpta, *l. 7. §. ult. de Curat. fur.* ſed heic loci ſtricte ſumitur factum, ut opponitur dationi & præſtationi, qua de re dictum ad *fin. tit. de Obligat.*

(d) *Poſ. 18. & ſeqq.*

SCHOLIUM.

Videtur Auctor reſpicere ad commodatum, depoſitum &c. & maxime mandatum. Sed mallem adduxiſſet exemplum ſtipulationis, in qua factum promittitur, quod non poſſit referri ad alium quempiam contractum ſeu nominatum, ſeu innominatum. conf. not. ad tit. 14. n. 25.

RESPONSIO.

Exempla, cujusmodi petit, hæc ſunt: Romam ire, ſervum manumittere, bonas artes docere cauſam agere, ſimilesque ſpecies. Nec enim ad Contractum referri poſſunt nominatum, vel innominatum, quamdiu ſtant intra terminos promiſſionum, ſine datione, vel interveniente facto.

N. ADDIT.

Hic initio ſupplendum eſt Scholium noſtrum, cum Autor eam notam ad tit. 14. n. 25. *ibi inſerere omiſerit. Ita vero ibi* dixeram. *Pactum nudum late acceptum & contractui oppoſitum, iterum eſt vel nudum in ſpecie*, de quo vide n. 11. hic, *quod plane non producit actionem; vel veſtitum, quod producit quidem actionem, ſed non vi ſua, verum per adminiculum extrinſecum vel ſpecialis legis, vel contractus, cui adjicitur, unde pactum veſtitum iterum eſt vel legitimum, vel adjectum.* Conf. infra in Pand. ad tit. de pactis. *Cæterum cum inter pacta legitima etiam referatur pactum donationis*, l. 35. §. ult. C. de donat. *inde videtur nullum exemplum, ne quidem Jure Juſtinianeo remanſiſſe, pacti in ſpecie nudi, quod nullam producit actionem*, vid. Kuip. Colleg. Grot. ad libr. 2. cap. 11. th. 1. lit. e. *Sed cogitandum tamen, annon, quia donatio ſaltem ad dandum tendit, poſſimus exempla invenire pactorum nudorum, factum aliquod tale, quod non in cauſam mandati incidat, gratis & ſine repromiſſione intendentium. Aliud exemplum cape:* dabo tibi centum, ut ſervum manumittas. *Quamdiu nondum dedi, (& in genere in contractibus innominatis & realibus, quamdiu ex parte neutra aliquid datum vel factum eſt,) eſt pactum nudum*, l. 27. C. locati. *Jam ad reſponſionem Autoris, quam videtur ex ipſo hoc ſcholio noſtro ejusque verbis finalibus, quamvis parum apte, petiiſſe. Etenim exempla, quæ affert, ad contractus innominatos plane referri nequeunt, (non ſolum in eo caſu, quamdiu ſtant intra terminos promiſſionum, ſine datione, vel interveniente facto,) quia non ſunt promiſſa mutua, ſed ex una ſaltem parte. Hoc vero ſuppoſito non video,*

deo, cur ea facta non poſſint referri ad contractum mandati. Quid enim impedit, quo minus tibi mandare poſſim, ut Romam eas, ſervum manumittas, bonas artes doceas, cauſam agas &c. Vel enim hic mea intereſt, vel non eſt. Si prius, erit meum negotium, adeoque ad mandatum referri poteſt. Si poſterius, ne quidem ſtipulatio valebit, quia exceptio; tua non intereſt, poterit opponi cuilibet agenti.

Quod ſi promiſſor non faciat, tenetur in id quod intereſt, quod ſine dubio incertæ æſtimationis eſt, conſtans duabus partibus, eo quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus, *l. 13. rem. rat. hab.* quod utrumque facti eſſe, ut ait *l. 24. de R. J.* & probationis ſæpe difficilis, res ipſa loquitur. Peti autem poteſt id quod intereſt, ubi tempus elapſum fuerit, intra quod illud factum ab homine haud negligente potuit impleri, *l. 14. l. 72. §. ult. l. 84. & l. 137. §. 3. de V. O.* Præſtando autem id quod intereſt, an promiſſor liberare ſe poſſit, eſt gravis Quæſtio. Qui factum promiſit, veluti inſulam ædificari, foſſam fodi, tabulam pingi, an ad ipſum factum cogi poſſit, an vero præſtando id quod intereſt, liberare ſe poſſit. Poſterius frequenti calculo probatum eſt ab recentioribus, quos citat & ſequitur Wiſſenbachius noſter, *ad tit. ff. de V. O. th. 8.* Aliter ſentiunt pauci, quippe boni, Cujacius ad *l. 72. h. t.* Coraſ. 2. *miſcel. 3.* Bronchorſt. *4. antin. 41.* Perez. *Erotemat. ad §. ult. Inſt. h. t.* Quibus meum calculum addo lubens: inprimis hoc motus argumento, quod hic nulla civilis cauſa ſit, cur fidem datam frangere liceat; nam quod dicitur, ad factum poſſe neminem cogi, intelligo ſane, actiones voluntarias hominum imperari ab externa cauſa non poſſe, nec quenquam, ſi animum ad contumaciam obduret, ad faciendum aliquid ſubigi; nec id quidem in dationibus aliiſque præſtationibus fieri poteſt, ut aliquis id quod non vult, dare compellatur; quia dare, præſtare, non minus eſt actus voluntatis quam facere. Sed contumaces civiliter cogi dicuntur, quando remedia illis Prætoria adhibentur in hunc finem, ut adſenſus eorum exprimatur; veluti pignorum capio, miſſio in poſſeſſionem, mulctæ dictio, manus militaris, denique carcer. Nihil vetat, quominus is, qui facere non vult, quod facturum ſe promiſit, iis remediis conſtringatur; rumpit enim æque fidem ac is, qui dare recuſat quod debet. Jam qui his modis adfici poteſt, is utique tenetur ad faciendum præciſe, alioquin illa remedia applicari non poſſent. Si jam nulli ſint textus, quibus eximatur obligatio facti a ſervandæ fidei neceſſitate, palam eſt, executionem eam conſequi debere. Reperio quidem in variis legibus, ubi non ſit factum, quod fieri debebat, in id quod intereſt agi; ſed hæc eſt quaſi - pœna ejus qui fidem non ſervat: quemadmodum omnes, qui contractus violant, aliter quam eo quod intereſt, plecti nequeunt; inde vero minime inferre licet, actorem, ſi malit ipſum urgere factum, id facere non poſſe. Prorſus, ut de emptore dictum eſt alias, eum, ſi venditor rem non tradat, in id quod intereſt agere: ex quo tamen minime ſequitur, eum quoque rei ipſius traditionem ſi velit, petere non poſſe; ad *tit. Inſt. de contrah. empt. infra.* Enimvero hoc res ipſa loquitur, ſi res debeatur, poſſeſſionem ab invito auferri; Qui vero factum debet, eum ad faciendum, ſi nolle perſeveret, ipſo actu cogi non poſſe: aſt ad hanc diſputationem ſufficit dictum, poſſe debitorem facti, a judice condemnari ut faciat; ‡ cui ſi non pareat, ejuſmodi exequendæ ſententiæ modos adhiberi, quales natura negotii recipit; Sic heredi fiduciario neceſſitas imponitur adeundi reſtituendique hereditatem, qua de re ſic fere diſſeruimus, ut hic factum, *tit. Inſt. de fideicom. heredit.* nec ſecus omnes, qui teſtamento aliquid facere juſſi, præciſe ad faciendum tenentur, *l. 11. §. ult. de Legat. 3.* Adde omnino *l. 28. verb. cogendam eam patrem defendere. de Donation.*

SCHOLIUM.

Regula notiſſima eſt; in obligationibus dandi neminem liberari præſtando intereſſe, ſi dare poſſit. At in obligationibus faciendi, liberari aliquem præſtando intereſſe, nec ad factum cogi poſſe. Et quidem poſterior aſſertio nititur l. 72. de V. O. l. 13. §. fin. de re judic. arg. l. 71. §. 2. de

‡ Si cui quadam ſententia alicujus facti præſtatio injuncta, Præcepto Executivo conſtringendus eſt, ut ſub pœna ex Judicis arbitrio expreſſis verbis injuncta, faciat id, quod in jurisdictione ultimum eſt, intra quatuordecim dies: Si non pareat, nec dilationem impetret, quæ non ſine ſontica cauſa, nec niſi ſemel concedi debet, exigenda eſt pœna, & contumax graviori mulcta, dato iterum quatuordecim dierum ſpatio, coercendus, immo etiam carcere, & aliis mediis coactivis hic utendum eſt, liberatione per præſtationem ejus, quod intereſt, penitus ſublata. *O. P. S. E. J. & E. T. t. XXXIX. §. 1.*

Digitized by Google

C. & D. l. 2. de lib. hom. exhib. Adde Wiſſenb. l. c. & Struv. Ex. XLVII. th. 18. *Eam impugnat Aut. h. l. ſecutus Coraſium, Cujacium, alioſque a Wiſſenb. d. l. citatos; ſed nobis verior videtur prior ſententia.*

RESPONSIO.

Quid eſt in d. l. 72.? Ubi quid fieri ſtipulemur, ſi non fuerit factum, pecuniam dari oportere, & juſtâ æſtimatione facti dandam petitionem. *Quid eſt in his verbis, quod non abunde ſit occupatum? Nihilo plus* in l. 13. in fine de Re jud. *Qui non facit*, quod promiſit, in pecuniam numeratam condemnatur, ſicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *Quia res ibi non poteſt auferri, non datur alius exitus, ut dictum.* L. 71. §. 2. de C. & D. *agit de facto, quod libertatem corrumpit, unde ne quidem actio in id quod intereſt. Idem ad* l. 2. de hom. lib. exhib. *tenendum. Scholiaſtes inſtat; Ratio*, Id quod intereſt, eſſe loco pœnæ, petit principium. *Minime, inquam. Quæritur, an is qui factum promiſit, in id quod intereſt teneatur. Affirm. Opponuntur leges citatæ dicentes, Qui non fecit, in id quod intereſt tenetur. Reſp. Si ad faciendum non teneretur, actio non daretur, neque condemnaretur. Qui condemnatur, is ne liberari dicendus eſt? Propter textum, qui dicat, eum, qui non facit, liberari, aut optionem habere, quod eſt nusquam. Nihil hic eſt τὸ ἐν ἀρχῇ.* Vid. Wiſſenbach. *ad tit. ff. de Verb. oblig. h. 8.*

N. ADDIT.

Potuiſſet ſuperſedere Autor & hoc Scholio & hac reſponſione, cum jam in fine præfationis ad Lectorem ad Scholia mea, mutaverim ſententiam meam in verbis: Ipſemet meliora edoctus non raro muto ſententiam, & in iis mutare non deſinam, in quibus ab Autore receſſi, ſi rationes prægnantiores afferri viderim. In quibusdam etiam jam tum mutavi, ut in iis, quæ ad Inſtit. *tit. de V. O. Poſit.* 24. notavi.

6. Cæterum, qui aliquid ſe non facturum promiſit, is tum tenetur, quando contra quam promiſerat, fecit, *l. 2. §. pen. l. 4. eod. tit.* Difficultas autem illa probandi id quod intereſt, ut evitetur, ſolent factorum ſtipulatores pœnas adjicere, ut, niſi fiat quod promiſſum eſt, is, qui moram committit, certam pecuniæ ſummam dare præſtare debeat, *d. §. ult. h. t.* a qua tamen pœna faciendi quod convenerat, perinde ac ab eo quod intereſt, liberari poſſe videtur, quoniam pœna vice locoque ejus quod intereſt, fungitur, *d. §. ult.* idque perinde, ante litem conteſtatam duntaxat; Nam poſt litem conteſtatam pœnæ jam petitione facta, novatio quædam intelligitur, uti non factum amplius, ſed pecunia ſit in præſtatione, *d. l. 84. arg. & l. 11. §. 1. de novat.* Igitur ante litem conteſtatam, nulla per ſtipulationem pœnalem novatio facta cenſetur, ſed & debitor factum, de quo principaliter convenit, implere poteſt, & creditor ſi nolit ad pœnam, agere poteſt in id quod intereſt. Quoties enim pœna ad alium contractum adjecta eſt corroborandum, tunc aut id, de quo præcipue eſt actum, aut pœna, poſt moram, recte petetur, *l. 115. §. ult. & l. 122. §. 2. d. t.* ita ut creditorem alterutra actione contentum eſſe oporteat, niſi in una ſit plus quam in altera, per *l. 41. & ſeq. l. 71. pro ſoc. & l. 47. de Action. empt.* Sand. 3. *deciſ. 4. defin.* 4. Saltem in penu legata, cum adjectione pœnæ ab herede ſolvendæ, ſi non præſtet eam, peculiariter receptum eſt, ut, ſi heres in mora ſit pœnam ſolvendi, confeſtim pœna peti, neque ad rem petendam regredi poſſit, *l. l. 115. §. ult. & l. 1. pr. de penu leg.* juncta *l. 24. Quando dies Legat. ced.* Atqui Papinianus, *Si navem fieri ſtipulatus ſum*, inquit, *& ſi non fecerit, centum, videndum, utrum duæ obligationes ſint, pura, & conditionalis, & exiſtens ſequentis conditio num tollat priorem, an vero transferat in ſe & quaſi novatio prioris fiat, quod magis verum, l. 44. §. ult. de O. & A.* Præter aliorum conciliationes, non videtur mihi abs re, Papinianum id quærere videri, utrum duæ ſint actiones ſeparatæ, ita ut, pœna commiſſa, non tollatur actio principalis; an vero pœnæ commiſſum abſorbeat actionem primam, ut ſic pœna exercita quaſi novationem inducat, neque poſt ejus ſolutionem ad rem principalem agi poſſit, quod eſt ſimpliciter verum, & modo a nobis dictum.

TIT. XVII.

De Duobus reis, ſtipulandi & promittendi.

Quid ſint duo rei, & quomodo fiant. Quo fine & effectu conſtituantur. Num qua ſit inter correos actio. In aliis quoque cauſis fieri ſæpe duos reos.

SÆpe fit, ut duo in ſolidum obligentur, aut ſinguli obligationem ſolidam acquirant, idque ad evitandum incommodum ſcindendæ actionis in partes. Qui hoc modo contraxerunt, hi *duo rei* dicuntur, tam ſtipulandi quam promittendi, ut creditores etiam *rei* dicantur, antiquo uſu Latino apud Feſtum, & Ciceronem 2. *de orat.* ubi, *rei ſunt omnes, quorum de re diſceptatur:* & Pomponius in *l. 5. de V. O. ex conventione reorum,* inquit, id eſt, partium, cum alioqui communiter Rei dicantur *οἱ Φεύγοντες* fugientes, & qui in jus vocantur. Duo rei ſtipulandi fiunt, cum duobus ſeparatim eandem rem ſtipulantibus, debitor una voce utrique ſe daturum ſpondet. Duo rei promittendi, quando creditori diſtincte, at continua oratione, duos interroganti, reſpondent illi, ſe daturos, vel facturos, *pr. I. h. t. l. 2. & l. 3. §. 1. eod.*

2. Finis, ut dictum, ac ſimul hujus rei effectus eſt, quod ſinguli totum petere debitum, ac ſinguli de toto conveniri poſſunt, *§. 1. h. d. l. 3. §. 1.* ſic tamen, ut ſi unus debitum exegerit, aut petierit, alterius actio pariter ceſſet; item, ſi unus debitum acceptum tulerit, *d. l. 2. in fin.* ſi unus debitori jusjurandum detulerit, *l. 27. & 28. de jurejur.* ſi unus novaverit, *l. 31. §. 1. de Novat.* cui inteſtabiliter adverſari creditur Paulus in *l. 27. pr. de Pactis.* ut *σφόδρα βύλεται* Cl. Wiſſenbach. 2. *Pand. diſp. 28. th. 10.* niſi forte dicas, alterum correorum poſſe novare, id eſt, ex una aliam facere; non poſſe novare, id eſt, tollere obligationem, ita ut nihil pro debiti ſubſtantia maneat. Cæterum, paciſcendo unus alteri nullum creat præjudicium, *arg. d. l. 27. in pr.* quia in ſtipulationibus jus, in pactis verſatur factum, ut ibidem; hoc eſt, per ſtipulationem, qua fit novatio & acceptilatio, tollitur ipſamet obligatio, vi juris, ſine reſpectu certæ perſonæ, ſed pactum eſt nuda conventio inter duos, nullum habens juris effectum, niſi quatenus ab eo, qui pactus eſt, in judicium deducitur, quod cum facti ſit perſonalis, alii quam perſonæ iſti applicari non poteſt.

SCHOLIUM.

Conf. Wiſſenb. ad ff. h. t. th. 25. *Ex ratione, quam ſuppeditat Autor, videtur inferendum, hodie etiam per hoc præjudicari alteri, quia hodie pactum ex moribus actionem producit, & adeo obligationem ipſo jure tollit.*

RESPONSIO.

Quænam hæc ratio? Non puto, pactum de non petendo, moribus hodiernis obligationem ipſo jure tollere. Pactum ik ſal u niet manen. *petitionem quidem tollit, ſed obligationem, & ejus inſtrumentum penes Creditorem relinquit: unde ſi contra convenerit,* ut petatur, *continuo hodieque reviviſcet obligatio. Secus etiamnum erit in acceptilatione*, Quijtſcheldinge, *quia hæc ipſam tollit obligationem.*

N. ADDIT.

I. Ratio hæc vult: Quæ ipſo jure tollunt obligationem, ea, ſi ab uno reorum acta ſint, nocent alteri. Pactum de non petendo non nocet, quia demum ope exceptionis. Hujus ultimi ratio eſt: Quia ſtipulatio producit actionem, ideo & acceptilatio per Stipulationem facta tollit eam ipſo jure. Sed quia pactum jure Romano actionem non producit, ideo nec ipſo jure tollit. II. Aperte Autor obligationis termino, in ſenſu vulgari & a regulis artis alieno utitur, pro inſtrumento obligationis. III. Eadem inconvenientia miſcet acceptilationem Romanam, quæ fiebat verbis ore prolatis, cum ſcriptura quietantiæ. IV. Quemadmodum ſi per acceptilationem debitum fuerit ſublatum, ipſo jure tollitur obligatio, i. e. Prætor non dat formulam agendi, ſed de negotio ipſo cognoſcit, etſi inſtrumentum obligationis manſerit apud Creditorem, ita etiam idem erit dicendum de pacto de non petendo &c.

Jam ſi unus ſolidum petierit, vel ſolidum exegerit, vel ſolidum unus ſolverit, nonne lucrum illud aut onus communiter ab illis feretur, ita ut exactor pecuniam cum ſuo correo communicare, & debitorum alter ſuam partem ei, qui ſolvit, refundere debeat? Equidem cum nullum inter correos qua tales, negotium ſit geſtum, mero jure fieri non poteſt, ut actio inter eos naſcatur, idque firmatur ex *l. 62. pr. ad L. Falcid.* niſi vel ſocii ſint, vel pecunia in communes uſus impenſa ſit, de quo caſu agere videtur *l. 2. C. de duob. reis.* vel ex cauſa communi oneroſa naſcatur obligatio, vel cum Vice mutua fidejuſſerunt, aut actiones ſunt ceſſæ, vel denique, ſi aliter inter eos convenerit, (vid. Giphan. *ad tit. C. de duob. reis.*) tametſi æquitas prægnantiſſima velit, nunquam non aliquid dandum eſſe remedii. (adde Perez. *ad d. tit. n. 12.*) Adeo autem ſinguli correi in ſolidum tenentur, ut nec alter

con-

Digitized by Google

conventus diviſionis beneficio conſequi poſſit, uti pro ſua tantum parte conveniatur, ne quidem, ſi pro ſe invicem fidejuſſerint, *l. 11. in pr. h. t.* quod mutatum ab Juſtiniano, in *Nov. 99. c. 1.* ubi ſtatuit, eos, qui ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι, id eſt, reciproca fidejuſſione ſunt obligati, non aliter in ſolidum teneri, quam ſi diſerte id expreſſum ſit, eoque expreſſo, tamen ſingulos in ſolidum non teneri, niſi alter inops ſit vel abſens. Unde apparet, authenticam ex *d. N. 99.* parum prudenter *d. l. 2. C. de duob. reis.* eſſe ſubjectam.

3. Cæterum, in ſtipulatione quidem inprimis Correi debendi conſtituuntur, neque tamen eo, quod ſtipulatio moribus hodiernis exolevit, putandum eſt, correos quoque debendi hodie nullos amplius fieri. Nam & quavis ſimplici promiſſione, imo & aliis contractibus, velut in emptione, locatione, depoſito, commodato, aliisque, jure conſtituuntur, *l. 5. §. ult. D. commod.* imo & teſtamento, ſi teſtator dixerit, *Titius & Mævius Sempronio decem danto*, *l. 9. h. t.* Scilicet, ubi id actum eſſe apparet, ut ſinguli ſolidum deberent; alioquin heredes pro partibus de Legato teneri, tralatitium, & ſcriptum in *l. 17. eod. tit.* qua de re non eſt hic locus agendi prolixius.

Tit. XVIII.

De ſtipulationibus Servorum.

In Inſtitutionibus caput proprium eſt de ſtipulationibus ſervorum, quod cum exigui ſit uſus, paucis abſolvendum. Stipulari & contrahere non aliter poteſt ſervus, quam ex perſona domini, quando ipſe perſonam, id eſt facultatem civi competentem, nullam habet, *pr. h. t.* Proin domino etiam acquirit, ſeu ſoli, ſeu conſervo, ſive imperſonaliter ſtipuletur, *§. 1.* & ſi plurium ſit communis dominorum, ſingulis pro portione dominii acquirit; niſi nomine vel juſſu unius ſit ſtipulatus, cui tunc videlicet ſoli quærit, *§. ult.* Duntaxat in ſtipulationibus facti placuit, ſi quid ſervus, ut ſibi facere liceat, ſtipulatus ſit, quod hoc ille ſolus, non dominus facere poſſit, *§. 2. h.* etenim illa poſitio, quod ex perſona Domini ſervus ſtipulatur, ex rerum jure proficiſcitur, a facti ſimplicitate alienum eſt: interim illa facta, quorum jus acquiritur ſervo, ad arbitrium utilitatemque domini eſſe dirigenda, res ipſa loquitur. De ſervo hereditario, cujus Dominus eſt mortuus, nullo adhuc herede exiſtente, dubium erat poſſitne ſtipulari, quia nec perſonam, neque dominum habeat; ſed placuit, hereditatem perſonæ defuncti vicem ſuſtinere, *pr. h. t.* ut & alibi dictum: unde ſequitur, interea ſervum hereditati acquirere, id eſt, eventu inſpecto, heredi futuro, *d. pr. in fin.* Proinde, ſi dixerit, heredi futuro ſe ſtipulari, nulla cauſa eſt, quare non ex ea ſtipulatione heres poſtea exiſtens agere poſſit, *l. 28. §. ult. de ſtipul. ſervor.* quanquam nomine heredis futuri expreſſo, ſervus non recte ſtipulatur, quoniam in tempore ſtipulationis heres non eſt, ideoque error in perſona commiſſus videtur, *l. 16. eod. tit.* quæ ſic cum *d. l. 28.* conſentit.

Tit. XIX.

De Diviſione ſtipulationum.

Ratio diviſionis in Judiciales & Prætorias, ſecundum jus vetus & novum. Exempla utriusque ſpeciei. Quæ Communes & Conventionales.

(a) Diviſio ſtipulationum peculiari quoque titulo a Juſtiniano tractatur. Species ſunt, Judiciales, Prætoriæ, Communes, Conventionales, *pr. Inſt. de diviſ. ſtipul. l. 5. in pr. de V. O.* Judiciales ſunt, quæ a mero Judicis officio, *§. 1. h.* Prætoriæ, quæ a mero Prætoris officio proficiſcuntur, *§. 2. ibid.* Prætores & judices ex diſciplina Juris antiqui opponebantur. Prætor enim non tam judicabat, quam judicium jubebat, ut Cicero 3. *d. LL.* loquitur. Ad ipſum fiebat in jus vocatio, actionis editio, aliaque πρῶτα judiciorum; ubi ad cauſæ diſceptationem ventum

(a) *Poſ. 1. & ſeqq.*

eſſet, dabat judicem, qui cognoſceret, ſententiamque ferret, quam ipſe dein exequebatur, adeoque apud Prætorem fiebant, quæ hodie dicuntur ante litem conteſtatam; apud judicem quæ poſt litis conteſtationem fieri dicuntur, *l. un. C. de Litis cont.* Quanquam autem prætor aliquando in Pandectis judex appellatur, *l. 1. & l. 81. de judic. l. 11. de jurisd. & l. 41. de minor.* nihil tamen notius eſt, quam nomine Judicum ſimpliciter prolato, intelligi non Magiſtratus, *l. 2. de R. J.* ſed datos, delegatos pedaneosque judices, *l. 46. de judic. l. pen. Judic. ſolvi. l. ult. de off. præt. l. 4. de tutor. dat. l. 3. Ne quis eum, qui in jus voc. l. 5. de off. Præſ.* Poſtea Magiſtratus ipſi judicare ſunt juſſi; niſi quatenus multitudo negotiorum eos ſubigeret, aut in levioribus cauſis aliis permitterent, *l. 2. & l. ult. C. de ped. jud.* Unde Judicum nomen cum Magiſtratuum appellatione converti cœpit, ut indicat Rubrica *Cod. de Jurisdictione omnium judicum.* quod mori Romano Pandectis cognito, penitus adverſum erat. Prætores igitur tempore Juſtiniani pariter judices erant, quemadmodum hodieque omnes qui res judicant, tam ea quæ ante, quam quæ poſt litem conteſtatam peraguntur, gubernant. Diviſio tamen & definitio vetus, a differentia officii Judicum & Prætorum petita, ſupereſt adhuc in hiſce vocibus, ne mutatio confuſionem pareret. Interim etſi his terminis hodie utimur, tamen notandum, Judiciales eſſe jure noviſſimo, quæ præſtantur in judicio ſive poſt litem conteſtatam; Prætorias, quæ in jure, ſive ante litem conteſtatam.

2. (b) Exempla judicialium referuntur in *d. §. 1.* veluti de Dolo cautio, quæ præſtatur ab eo, qui ad rem reſtituendam condemnatus eſt, cavetque, ſe rem cum omni cauſa ſine fraude redditurum, aut ſe nihil dolo in ea re perdenda, vel corrumpenda admiſiſſe, ut exemplum eſt apud Theophilum, *l. 45. de R. V. & l. 9. §. 5. & 7. Quod. met. c.* item de perſequendo ſervo, qui in fuga eſt, cujusmodi cautio dicitur ab eo extorquenda, qui hominem per vim extorſit, *l. 14. §. 11. eod. tit.* Denique, de pretio reſtituendo, ſi res ipſa dolo, vel culpa adverſarii non reſtituatur, neque poſſit; ita & coheredes in Judicio familiæ erciſcundæ, cavent de æſtimatione pro cujusque parte reddenda, *l. 25. §. 10. famil. erciſc.* adde *l. 7. & 12. Si ſervit. vind.* Prætoriæ referuntur *in §. 2. h. t.* & prima quidem damni infecti eſt, quando Dominus ædium ruinoſarum promittit vicino, damnum, quod ex ruina contigerit, id ſe præſtiturum, *l. 7. pr. de damno inf.* Ex quo diſcimus, ſi non caveatur, tunc vicinum, qui *metuit damnum*, mitti in poſſeſſionem ædium ruinam minitantium. Alterum Prætoriæ ſtipulationis exemplum eſt, Cautio Legatorum, qua heres promittit Legatariis & fideicommiſſariis, ea, quæ ſub conditione, vel in diem relicta ſint ipſis, die vel conditione exiſtente, præſtitum & exſolutum iri, *l. 1. pr. & t. t. ut Legat. ſervand. cauſ. cav.* Cum autem Prætoria hæc ſtipulatio ſit, ante litem conteſtatam opponi debet, poſteaque ceſſat, *l. 1. §. 9.* ut tamen & in Judicio appellationis, ſi in prima inſtantia omiſſa fuerit, exigi poſſit, *l. 5. §. 1. eod.* Ad Prætorias ſtipulationes cautio quoque uſufructuaria refertur, de qua dudum habuimus, *l. 7. Uſufruct. quemadm. cav.* item ædilitiæ ſtipulationes, *d. §. 2.* quatenus ædilitium jus ſub Prætorio comprehenditur, *§. 7. I. de Jure Nat.* Sunt autem ædilitiæ ſtipulationes, quæ ex Edicto Ædilium proficiſcuntur, quod ſuper emptionibus venditionibus repromitterent, rem non eſſe vitioſam, pecus non eſſe morboſum, rem habere licere, *l. 21. de Ædil. Ed.* de quibus, ut & de reliquis Edicti ædilitii capitibus, alibi accuratius.

3. (c) Communes ſive mixtæ ſtipulationes ſunt, quæ aliquando ex juriſdictione, quandoque ex officio Judicis proficiſcuntur, velut *in §. ult. h. t.* recenſentur ſtipulatio rem pupilli ſalvam fore, de qua dix. *ſupra*; quæ quidem ut plurimum citra litis conteſtationem præſtatur, aliquando tamen, ſi prius præſtita non ſit, etiam poſt eam, ut apud Theophilum. De rato ſtipulatio, quam præſtat Procurator actoris, de cujus mandato dubitatur, *l. 1. C. de Procurat.* ſimiliter plerumque ante litem conteſtatam interponitur: tamen ſi poſt cœptam litem ratio dubitandi emergat, etiam tunc poſtulari poteſt, per *l. 1. C. de Ord. judic.*

4. Denique ſpecies quarta, licet a Juſtiniano in *hoc tit.* ordine tertia collocatur, eſt conventionalium ſtipulationum, quæ cum neque judicis neque Prætoris juſſu, ſed partium ſola conventione ineantur, nomen inde ſuum mutuatæ ſunt; Earumque totidem genera eſſe, quot rerum contrahendarum, ait Imperator in *d. §. 3. inf.* Quid? an ſtipulationes tam late quam cuncta negotia civilia patent? quid igitur de cæte-

(b) *Poſ. 6. & 7.* (c) *Poſ. 8.*

ris

ris contractibus? Eo ſcilicet hoc pertinet, quod ſupra diximus, ſtipulationem eſſe πανδέκτην, omnibusque negotiis ſubjici firmandis & ſtabiliendis.

Tit. XX.

De Inutilibus ſtipulationibus.

Quæ ſint inutiles ratione Perſonarum. Ubi de obligatione pupillorum & minorum. Quæ ratione rerum. Denique reſpectu formæ ſtipulandi.

(a) DE ſtipulationibus hiſce conventionalibus, ingens adhuc caput apud Juſtinianum ſequitur, *de inutilibus ſtipulationibus*, quod nos compendii cauſa ad tres articulos reducemus. Inutiles enim ſunt ſtipulationes, vel ratione perſonarum contrahentium, vel rerum promiſſarum, vel denique formæ ſtipulationis. Ratione perſonarum; (b) primo, ſi muti, ſurdi, furioſi, infantes, ſtipulantur aut promittunt, *§. 7. 8. 9. h.t.* Prodigus, & pupillus infantia major, poteſt quidem uterque ſtipulando acquirere, ſed promittendo obligare ſe non poſſunt, *l. 6. de V. O. & d. §. 9.*

2. Sed quatenus naturaliter aut civiliter pupillus obligetur, mira eſt legum ἐναντιοφανία & Interpretum diſſenſio, de qua vid. A. Matth. *diſp. 19. fundam. jur.* aliosque paſſim. Videmur ſimpliciter defungi poſſe ita; Pupillus ſemper obligatur naturaliter, nunquam civiliter, niſi cum obligatio ex re venit. Prima theſis eſt in *l. 21. ad L. Falcid. l. 64. pr. ad SC. Treb. & l. 1. in fine de novat.* etiam ſi non ſit locupletior pupillus *l. 25. §. 1. Quando di. leg. ced.* Sed quia hæc obligatio a legibus infirmatur & ipſis effectibus, quos alias habet naturalis obligatio, privatur, ideo in quibusdam locis ne quidem naturalis obligatio exiſtere dicitur, *l. 41. de condict. indeb. & l. 59. de O. & A.* Frequenter enim, quod effectu caret, non eſſe dicitur, ut quod in diem debetur, utique & ante diem debetur, *§. 2. I. de V. O.* at non deberi, Ulpianus ait in *l. 41. §. 1. eod.* quia interim inefficaciter debetur. Altera poſitio, quod civiliter nunquam obligetur pupillus, eſt in *l. 43. de O. & A.* & ubicunque ſimpliciter obligari negatur. Limitatio, *niſi cum obligatio ex re venit,* habetur *l. 46. de O. & A.* Quid velit, *ex Re*, dubium eſt; plerique ajunt, ex maleficio & quaſi-contractu; de maleficio eſt textus in *pr. I. de obl. ex del.* de quaſi-contractu ſimpliciter non eſt verum, quia pupillus non tenetur ex hereditatis aditione, *§. 1. h. t.* & condictione indebiti, *§. 1. I. quib. mod. re contr. obl.* neque ſi alterius negotia geſſerit, quia hoc ex facto, non ex re venit; quos omnes eſſe quaſi-contractus, conſtat *ex tit. I. de obl. ex q. contr.* Malim dicere, *ex Re*, id eſt, *ex ipſo negotio*, ſive, cum intrinſecus negotii natura actionem ſuggerit, ipſaque rei æquitas eam dictat, licet nulla conventio interveniat: Sic Imp. *in d. princ. de obl. ex delict.* verba *Ex Re* interpretatur *ex ipſo maleficio.* Perinde ut impenſas pro pupillo factas tutor, vel negotiorum geſtor, vel qui res communes habet, repetat, id *ex re*, hoc eſt ipſa negotii natura competit.

3. Eodem retulerim, ſi pupillus ex contractu ſit locupletior; nam & tunc *res ipſa* maxime dictat eum teneri, ne ex alieno diteſcat, *l. 14. de condict. indeb.* Ergone & Re & civiliter obligatur, quatenus eſt locupletior? Sic *puto*, licet pauci ita ſcribant. Quod *ex Re* teneatur, penes quem *res* aliena, vel commodum *rei* extat, ſatis eſt liquidum. Perinde quod civiliter; Neque enim dari poteſt exemplum, quo ex contractu actio detur efficax in foro civili, quæ non ſit ex obligatione civili; Actionem autem hoc caſu in pupillum cuivis eſſe dandam, D. Pius reſcripſit *l. 5. in pr. de aut. tut.* Atqui omnis obligatio naturalis, lege vel conſtitutione firmata, & vi actionis prædita, tranſit in civilem, ut ſunt pactiones legitimæ, *l. 6. de pact.* Quis enim ex pacto hypothecæ, donationis, conſtituti, negat obligationem naſci civilem? Ergo ut pacta per ſe naturaliter obligant, lege accedente civiliter, ſic & pupillus naturaliter obligatur, lege accedente civiliter; & ſic pupillus naturaliter obligatur, cum eſt locupletior, *d. pr. l. 5.* ſed reſcriptum D. Pii indicat, non tantum naturaliter, ſed etiam civiliter, & ſic verba *d. l. 5.* nihil obſtant; fundamentum actionis a D. Pio datæ, eſt naturale, ſed proxima cauſa civilis. Actio autem illa, ubi ex nominato contractu non datur, eſt propria condictio ex Lege, quæ datur, cum Lex naturalem

(a) *Poſ. 1.* (b) *Poſ. 9. & ſeqq.*

Digitized by Google

obligationem vi actionis informat, cui nomen non tribuit, *l. un. de cond. ex L.* Sed cum ex alio contractu deſcendit, tunc utilis eſt ex eodem contractu, quia cum D. Pii reſcriptum de aliis non loquatur, JCti id eo extenderunt, *l. 3. de commod. & l. 66. in fin. de ſolut.* Ex quo videmus, actiones utiles non tantum dici, qui ad imitationem legum dantur & legibus accommodantur, ſed & cum ipſæ ex lege actiones aliis ſpeciebus applicantur: Actio in pupillum eſt directa, nempe condictio, quia ex verbis D. Pii oritur. Si commodati agatur, tunc fit utilis, quia commodati actionem D. Pius non dedit, ſed JCti applicarunt, *d. l. 3. comm.* Unde minime ſequitur, pupillum hoc caſu civiliter non obligari, ut Tim. Faber colligit *diſp. 8. th. 12.* Ubinam legimus, actiones utiles minus ex civili cauſa eſſe quam directas? Et reliquæ D. Fabri rationes, his bene perceptis, facile removentur. Quod alii in hac materia inter pupillum infantem & non infantem diſtinguunt, id abs re eſt, quia in infantem termini habiles obligationis nulli cadere poſſunt. Nam nec civilis, nec naturalis ratio patitur, eum, qui rationis uſu caret, ex ſua conventione, aut facto obligari, ne quidem naturaliter, ut res ipſa loquitur.

4. Ratio, cur pupilli naturaliter obligentur, & jure civili tamen non modo novum non accedat vinculum, ſed hoc ipſum naturale diſſolvatur, eſt hæc; quia ex ſimplicitate naturæ, omnis expreſſa declaratio animi de jure in alium transferendo, promittentem obligat, ut egregie docet Grotius *l. 2. c. 11.* igitur cum pupilli hactenus ratione utantur, ut quod ſibi promittitur, ſciant, ſibique alios ſtipulando obſtringant, natura docet, ipſos æque teneri ad exequendum id, quod ſcientes promiſerunt, licet non ſint locupletiores, ſed damnum paſſuri; adde argumentum e contrario ex *l. 10. de R. J.* Sed quia conſultum non eſt, ut tenella ætas ex lubrico oris damno multetur; quod ſecus eſt in aliis, qui ipſis pollicentur; Lex eam qualemcunque obligationem merito enervavit, agendique facultate deſtituit.

5. Sed an puberes ſive minores annis 25. civiliter obligantur? ſic tradunt Modeſtinus in *l. 101. de V. O.* & Paulus in *l. 43. de O. & A.* Rationem reddit elegantem A. Matth. *d. diſ. 19.* ex doctrina Vulteji, quod obligatio ſit jus mere perſonale & *in perſonam dirigatur*, *l. 3. de O. & A.* pupilli autem perſona ſit tutori obnoxia, non perſona puberis curatori, quia hic rebus, non perſonis detur, *l. 8. C. de nupt.* quod alii verum eſſe dicunt, verum de his, in quibus de ſtatu perſonarum, nec utique de patrimonio agitur, ut in nuptiis; ſed obligationis plerumque finis eſt alienatio, quæ perinde his, qui curatorem, quam qui tutorem habent; eſt interdicta, quod probant per *l. 3. C. de reſt. in integr.* Quæ Lex clare docet, eum, qui curatori ſubeſt, non poſſe obligari, quia comparat eum cum prodigo, cujus promiſſionem non valere, notum eſt ex *l. 5. de R. J. & l. 6. de V. O.* & quia addit, minorem ſine curatore conſtitutum in integrum reſtitui. Ergo curatori ſubjectus non eget reſtitutione, quod ſignum eſt contractum non valere, & ipſo jure tutum eſſe minorem, *l. 3. in fin. C. de Tut. qui ſat. non ded.* Unde liqueat, hæc verba *d. l. 3.* contractum *ſervari non oportere*, idem eſſe quod *non valere*. Et citatam *l. 101. de V. O. l. 43. de O. & A.* loqui de puberibus, qui curatoribus carent, quos inviti recipere non coguntur, *§. 2. I. de curat.* cum verba *d. l. 101. ſine curatoribus ſuis.* non hanc vim habeant, ut tutores, qui ſunt, ſignificent, ſed qui eſſe ſolent & deſtinantur iis. Verum hæc reſponſio *ad l. 101.* aliis merito diſplicuit, eo quod hæc verba, *Curatoribus ſuis.* poſſeſſorium præſens ſignificent; ideoque hi criticam manum adhibent, unius literulæ mutatione ſic legentes, *Puberes ſine curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligare*, pro *obligari.* Ita Vir Cl. *Georgius Cunradus Cruſius*, Anteceſſor olim Lugdunenſis Batavix. Sed mali exempli eſt, ob ancipites controverſias ſuo placito terminandas, mutare Lectiones: præter quod vox *obligare*, ſine regimine, ſenſum ſuſpendens, ut requiras *quem* obligare dicatur, offendit aures in hoc loco. Re exacta, ſunt plani textus in *d. l. 101. l. 43. O. & A.* quam ut ſola *lex 3. C. de in int. reſt. min.* adigere nos poſſit, ad mutationem lectionis Florentinæ & receptæ, *d. l. 101.* Dicemus igitur ita; Minorem obligari, ſed contractum Re, id eſt cum effectu alienationis, propter Curam, eaque durante, *non* eſſe *ſervandum.* Sed hac finita, ſi minor non reſtituatur in integrum, obligationem vivere & producere actionem. Argumentum a reſtitutione in integrum ex *d. l. 3.* facilius in contrarium vertitur. Minor etiam curatori ſubjectus in integrum reſtituitur, *l. 2. & 3. C. Si Tutor vel Curator interven.* Cui autem reſtitutio applicatur, eum obligari, poſitum eſt recte, ac ideo ſubjectum Curatori æque neceſſum erit obligari, ex ratione juris; at ſine effectu alienationis. Sed uſu temporum vix eſt, ut

alia

alia quam naturalis obligatio, e Minorum contractibus oriatur. Sand. *3. 1. 1.*

6. Pater porro non poteſt a filio ſtipulari, nec filius a Patre, quoniam a ſe ipſis ſtipulari viderentur, propter vinculum & unionem Patriæ poteſtatis; * idemque de ſervis, *§. 6. h. t.* Sed propter vinculum ejusdem poteſtatis filiusfamilias Patri, & ſervus domino ſtipulari non poteſt, cum alioqui nemo alii, in cujus poteſtate non eſt, recte ſtipuletur, *l. 38. §. 17. & l. 45. de V. O.* non ſtipulari, inquam, neque paciſci, *l. 73. §. ult. de R. J.* ne quidem Pater filio, *l. 17. §. 4. de Pact.* niſi filius ſit heres Patri, *l. 33. eod.* quanquam & alias doli exceptio prodeſt filio, cui pacti exceptio negatur, *l. 21. §. 2. de Pact.* Sed ſtipulatio, quam Pater fecit filio, tota Patri acquitur, quia ſtipulatio juris, pactum facti eſt, *§. 4. h. t.* qua de re explicatius agendum eſt *ad tit. ff. de Pact.* Hinc ſi quis ſibi & amico ſtipuletur, pro parte tantum ſtipulantis valet obligatio; ſed qui ſibi, aut Titio ſtipulatur, is totam ſibi acquiririt obligationem, Titii perſona cum hoc tantum effectu adjecta cenſetur, quod ei, invito quoque ſtipulatore, in utilitatem tamen ipſius ſolvi poſſit; quæ facultas, lite cum ſtipulatore principali conteſtata, aut capitis diminutione perſonæ adjectæ, intercidit, *d. §. 4. l. 31. in pr. & l. 57. §. 1. de ſolut.* Alioqui perſonam adjectam nec ultro petere, nec novare, nec acceptum ferre poſſe, ex eo liquet, quod ſtipulanti jus obligationis ſoli quæritur, *l. 10. de ſolut.* Ratio autem, quare alii per alium obligatio acquiri nequeat, redditur in *§. 18. h. t. Inventæ enim ſunt hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat ſibi quod ſua intereſt; cæterum, ſi alii detur, nihil intereſt ſtipulatoris.* Quæ ratio Juris eſt magis civilis, quam naturalis; neque enim naturaliter quicquam impedit, alium per alium fieri locupletiorem.

SCHOLIUM.

Vide Wiſſenb. ad tit. ff. de Pactis th. 18. *ubi in fine e Guidone Papa, Hotomanno, Chriſtinæo & aliis notat; moribus hodiernis, vel paciſcendo, vel legem dicendo, vel ſtipulando, alterum alteri cavere poſſe, & ita ſubtilitatem Jurisprudentiæ Romanæ eſſe ſublatam.*

RESPONSIO.

Mercaturæ cauſa in quibusdam caſibus id eſt receptum; ut in cambiis, cum mercator ſtipulatur ſibi, aut exhibitori literarum dari. Generaliter id ita eſſe receptum, non putamus; ſed opus eſt ceſſione. Voet. ad §. 4. n. 2. *Sand.* de act. Ceſ. c. 2. n. 12.

N. ADDIT.

Pro Wiſſenbachii ſententia facit Mevius P. 4. Dec. 112. n. 5. *Brunnem.* ad l. 25. ff. de Pactis n. 3. *Pro ſententia Autoris, Hahn.* ad Weſenb. h. n. 4. in fin. *Carpz.* P. 2. C. 33. d. 26. 27. *Harpr.* ad §. 4. Inſt. hic n. 4. *eamque ulterius adjuvat, quod nec hodie tertius noſtro nomine donationem ſine mandato, vel ratihabitione noſtra, valide acceptare poſſit, Carpz.* P. 2. C. 12. d. 20. *Stryke* in Caut. ſ. 3. c. 9. §. 2. in fine. *Ego jam ſic diſtinctione conarer diſſenſum conciliare: Quatenus illa regula fundata eſt in jure gentium, quo quilibet regulariter curat negotia ſua, non aliena, eatenus haud dubie obſervatur in praxi, & huc pertinet caſus de acceptanda donatione. Quatenus vero Romani eam regulam nimis ſubtiliter extenderunt, ut olim per liberos homines nulla valeret acquiſitio, ut tutor non poſſet nomine pupilli hereditatem adire, ut in ceſſione actionum etiam neceſſaria eſſet procuratio in rem ſuam &c. eatenus verior eſt ſententia Wiſſenbachii.*

7. Indicat autem prædicta ratio, quoties ſtipulantis intereſt, toties valere ſtipulationem, ut exemplo tutoris, a contutore ſuo ſtipulantis rem pupilli ſalvam fore, & domini ſtipulantis Procuratori ſuo, & debitoris creditori, in *§. 19.* & locis παράλλήλοις, in *l. 38. §. 17. & 23. de V. O. & l. 22. de donat.* declaratur. Quod autem procurator Domino ſuo ſtipulatur, id dominus, ni ceſſio interveniat, petere nequit, *l. 49. §. 1. de acquir. poſſ.* niſi duobus caſibus, I. e re domini, *l. 86. de Procur.* II. Si præſente domino, *l. 79. de V. O.* ſtipulatus ſit. Idemque in Procuratore militis, *l. 26. de Reb. cred.* Qui præſunt aliorum perſonis, aut rebus, officii ſui ratione pro illis ſtipulari poſſunt, ut exercitor e contractu Magiſtri, & Dominus tabernæ e contractu inſtitoris, ſi ab his ſuum ſervare nequeant, agere poſſunt, *l. 1. in f.* cum *l. 2. de inſtit. act.* ejusque exemplo, quod Procurator vendit, ex eo dominus agit & tenetur, *l. 13. §. 5. de action. empti.* Item e contractibus adminiſtratorum, actorum, tutorum, curatorum, datur actio civitatibus, *l. 5. §. pen. de pecun. conſtit.* Servus pupilli, aut publicus, aut quicunque a Prætore datur pupillo, ſolet rem ejus ſalvam fore ſtipulari, *l. 2. 3. & 4. in pr. Rem pup. ſalv.* ſcilicet, ut actio utilis, non ut directa detur, *dd. ll.* adde Cl. Wiſſenb. 1. *Pand. 9. th. 18.* Cæterum

* Nec in Saxonia Contractus inter filium & patrem, in cujus poteſtate eſt, ſubſiſtit, *4. Dec. El. 23.* ad quam vid. Phil. *Obſ. un.* atque ita pron. *Supr. Cur. Prov. Lipſ. Term. Cruc. A. 1700.* conf. dicta *ad t. 9. L. 1. §. 2. p. 14.*

rum, quod ſubtilitate juris prohibitum eſt, id commento Jureconſultorum reperit facultatem; ſi is, qui alii vult acquirere, in caſum, quo promiſſor non det, ſibi pœnam ſtipuletur, quam ſua ſcilicet intereſt ſibi præſtari, *§. 18. h. t.*

8. (c) Secunda inutilium ſtipulationum Cauſa a rebus ipſis deſumitur; quo pertinet primo, ſi promittatur res, quæ non eſt in commercio, ut ſacra, religioſa, publica, univerſitatis, liber homo; cujusmodi res non debentur, etſi poſtea cœperint eſſe in commercio, imo licet hac conditione promiſſæ fuerint, ſi extra commercium eſſe deſierint; quia, ſi prius in commercio fuerint, poſtea exemptæ ſint, irrita fit ſtipulatio, *§. 2. h. t.* Multo magis id de rebus, quæ plane in rerum natura non ſint, capiendum, ut ſi quis hippocentaurum, vel phœnicem avem promittat, aut hominem jam mortuum, aliterve rem extinctam, *§. 1. h. t.* At ſi qua res non exiſtat quidem, *ſit* tamen, ut in ſcholis argutantur, hoc eſt, exiſtere queat, illius promiſſio, veluti fructuum futurorum, ſubſiſtit, *l. 73. de V. O.* quod, ſi qualitas rei addatur, cujus natura capax non ſit, idem erit, ac ſi res ipſa non eſſet, ut ſi modios centum tritici ſtipuleris, qui ſinguli pondo centum pendeant; ejusmodi enim neque ſtipulatio, neque Legatum valebit, *l. 7. §. ult. de trit. vin. ol. leg.*

SCHOLIUM.

Non modii, *ut vult Gloſſa* in caſu l. 7. *ſed* tritici grana; *Ergo forte legendum* ſingula. *Id innuunt verba ſubjecta rationem deciſionis continentia*, quoniam ejusmodi triticum in rerum natura non eſſet. Conf. Aut. ad h. t. de tritic. vin. ol. leg. poſ. 2. *Quid ſi ergo teſtator de* modiis *locutus fuerit? Legatum valere puto, quia determinatio modiorum dependet ab arbitrio humano.*

RESPONSIO.

Hæc criſis parum vehementer ſe probat; verba ſunt d. l. 7. §. 1. *Tritici modios centum, qui ſinguli pondo centum pendeant: quomodo ibi* ſingula? *ut grana, de quibus nihil eſt dictum, ſubintelligantur? Tu tene modios, qui non poſſunt eſſe pondo centum in rerum natura: nam modius eſt tertia pars amphoræ, quæ fuit vas portatile. Proxime accedens, ut voce, ita quantitate ad id, quod nos* een maet; *nec enim* modius *ita ſumitur apud Romanos, ut quantitas ejus pro arbitrio variet humano, quod* ſcholium *velle videtur.*

N. ADDIT.

Ego adhuc ſubſiſto. Etſi enim durior ſit emendatio, ſi loco, qui ſinguli, *legas,* quæ ſingula, *ſuadet tamen adhuc talem emendationem ratio ſubjuncta, in ſcholio deſcripta, cujus periphraſis ab Autore hic tradita, an vehementer ſe probatura ſit genuinis legum interpretibus, dubito. Neque enim dixit JCtus, tales modios non eſſe in rerum natura, ſed ejusmodi triticum. Etſi porro modius ſit tertia pars amphoræ, amphora tamen, quod ſit vas portatile, etiam eſt ex impoſitione hominum. Cæterum quantitatem modiorum æque variaſſe apud Romanos credo, ut apud nos, imo & amphoras. Et cum adeo tota menſurarum natura dependeat ab arbitrio humano, adhuc puto, legatum ejusmodi valere, nec dici poſſe, tales modios non eſſe in rerum natura, quod nec dixit JCtus.*

Æque inutilis eſt rei noſtræ ſtipulatio, ſive abſolute, ſive in caſum, quo noſtra eſſe deſinet, *d. §. 2.* quemadmodum nec rei alienæ ſtipulatio valet in eum caſum, quo noſtra futura ſit, *§. 21. h. t.* quoniam id aliquo modo implicat, ut cauſa dominii acquirendi, qualis eſt ſtipulatio, contrahatur in caſum dominii jam velut acquiſiti.

9. Præterea dationis, aut facti alieni promiſſio, non valet, quoniam ut nemo præterquam ſibi recte ſtipulatur, ita nec quisquam niſi a ſemet, promittere poteſt, *§. 3. h.* quippe res ipſa monſtrat, ejusmodi promiſſum, *ſpondeo Cajum tot aureos daturum*, eſſe eluſorium; neque enim promiſſor tenetur, quia ſe non obligavit, *l. 83. pr. de V. O.* neque Cajus, ſiquidem alius per alium non poteſt obſtringi, *l. 3. C. ne ux. pro mar.* Quod ſi factum dationemve alterius a ſua perſona ſuſpenderit, veluti, ſe effecturum curaturumve, ut alius det vel faciat, tum valide tenetur, *d. §. 3.* neque liberatur, niſi reum locupletem offerat, quod ſi non præſtet aliquem paratum ſolvere, judicium ipſe accipere & ſatisfacere debet, * *l. ult. §. 1. de Reb. cred.* Cæterum, qui promiſit per alium non fieri, quo minus rem habere liceat, qui alium Judicio ſiſti, ratamve rem habiturum promiſit, *l. 38. pr. l. 18. de V. O. l. 73. pr. de leg. 1.* non tam alienum, quam ſuum

* Conf. *Dec. El. 42.* Atque ita in caſu, quo quis in alienationem feudi, ſe Domini conſenſum præſtaturum eſſe dixerat, *Fac. Jur. Lipſ. m. Nov. 701.* It. quo quis Caji ratihabitionem anzuſchaffen promiſerat, *Supr. Cur. Prov. Lipſ. term. Trin. 704. pronunciavit.* vid. Menck. *ad h. t. §. 2.*

(c) *Poſ. 2. & ſeqq.*

factum

Digitized by Google

factum pollicitus intelligitur, *dd. ll.* Perinde qui alium conſtituit ſoluturum, is non tenetur quidem, *l. 5. §. 4. de conſtit.* Sed qui alium conſtituit pro ſe fidejuſſurum, is tenetur, quia ſuum factum conſtituit, nempe ſe daturum ſponſorem, *l. 14. §. 2. d. t.* Plane de re turpi non valere promiſſionem, tralatitium eſt, *§. 23. h. l. 26. & ſequ. de V. O. l. 7. §. 3. de Pact.* quod non modo ad ea, quæ jure gentium, ſed & jure civili prohibita ſunt, pertinet, etſi jusjurandum intervenerit, *l. 5. C. de LL.* Et quidem ipſo jure nullam eſſe rei turpis promiſſionem, dicunt *textus citati.* Ejusmodi eſt conventio de ſucceſſione viventis, quo votum alienæ mortis, & feſtinatio contra jus gentium, intendi videtur, *l. 61. de V. O. l. ult. C. de Pact.* niſi ille, de cujus ſucceſſione alii paciſcuntur, conſenſerit, ac in eo conſenſu usque ad mortem perſeveraverit, *d. l. ult.*

10. (d) Tertia inutilium Stipulationum cauſa, petitur a forma illarum, tam externa in conceptione verborum, quam interna in conſenſu utriusque conſiſtente. Hunc quod attinet, commune id ſtipulationi cum aliis eſt, quod diſſenſus in ſubſtantia contractus eum reddit vitioſum, qualis eſt, ſi de alia re ſtipulator, de alia ſenſerit promiſſor, *§. 22. h. l. 83. §. 1. l. 137. §. 1. de V. O.* aut ſi quis cum Titio ſe rem habere putans, Cajo promittat, *arg. l. 9. in pr. de hered. inſt. l. 1. in pr. de jud.* Secus eſſe juris, ſi in nomine, vel ſtipulatoris, vel rei promiſſæ ſit error, clarum eſt & docetur in *l. 32. de V. O.* Imo licet in materia, aut qualitate ſit erratum, veluti æs ſi fuerit, aurum quod putabatur, valet ſtipulatio, *l. 22. de V. O.* quanquam emptio venditio ejusmodi errore vitiatur, *l. 9. §. ult. de contrah. empt.* Rationem differentiæ, petitam a diſcrimine actionum bonæ fidei & ſtricti juris, refellit *l. 57. de O. & A.* & quod in pignore licet bonæ fidei contracto, *§. 28. I. de action.* idem quod in ſtipulatione obtineat, *l. 1. de pignor. act.* Rectius dixeris, in venditione pretium rei conveniens deberi; proinde ut is, qui pro auro pecuniam promiſit, æs pro illa accipere teneatur, enorme erat: in ſtipulatione, quia pretium non datur, potius intereſt ſtipulatoris, æreum habere vas, quam nullum. Quæ ratio non evertitur per ea, quæ ſuggerit Cl. Wiſſenb. *diſp. ad Inſt. 35. th. 8.* Hæc ratio, cujus auctorem laudat Donellum, ex iis, quæ ſupra de ſtipulationibus dicta ſunt, *facile*, inquit, convellitur, ubi oſtenſum, ſtipulationem pendere ex negotio contracto, & aliis obligationibus firmandis adjici ſolidam. Enimvero fit quidem ita, ut ſtipulatio contractibus aliis ipſique adeo emptioni accedat, verum ſi nihil quam confirmationem faciat, tum nullam præſtationem novam adfert, neque mutat naturam emptionis venditionis. Ideoque res loquitur, quando ſtipulationem opponimus venditioni, non intelligi ſtipulationem, quæ eſt acceſſio venditionis, ſed quæ donandi aliave ſimili cauſa interponitur.

11. Denique ad conſenſum pertinet, quod impoſſibilis conditio adjecta ſtipulationi, illam vitiat, ut & alios omnes contractus, *§. h. l. 31. de O. & A.* ubi & ratio redditur, *quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve conſenſu agitur, omnium voluntas ſpectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio eſt, ut nihil agi exiſtiment, appoſita ea conditione, quam ſciant eſſe impoſſibilem.* Sed quare non teſtatoris ea perinde cogitatio creditur, ut nihil agi velit, cum impoſſibilem ponit conditionem, ſecus ac alias dictum ad *§. 10. ſupra de hered. inſtit.*? Videtur, quod ſuprema declaratio facta in teſtamento, minime irrita habenda ſit ob adjectionem quamvis ineptam: Atqui promiſſio & acceptatio hinc inde facta ſub conditione, quæ fieri nequeat, conjungi & colligari non poteſt, ſed abit in jocum, qui in homine moribundo actumque tam ſolennem ordinante, quique nihil cum alio, ſed omnia ſolus agit, intelligi nequit. Hæc autem ita, ſi tota conditio in genere ſuo ἐκ τῶν ἀδυνάτων ſit, non ſi res ipſa poſſibilis exiſtens aliquid ſibi repugnans contineat, ex quo præpoſtera ſtipulatio dicatur; *veluti, ſi navis cras ex Aſia venerit, hodie dare ſpondes?* Nam licet abſurdum videatur, ante conditionem, id eſt prius quam obligatio naſcatur, donationem velle fieri, tamen qui promiſit: ſi navis cras venerit, ille tenebitur vi ſtipulationis heri factæ, *§. 13. h. l. 25. C. de teſtam.* ubi & in ultimis voluntatibus hoc obtinere ſtatuitur. Simile exemplum eſt in *l. 64. de V. O.* Stipulatio, *ſi Titius Conſul factus fuerit, tum ex hac die in annos ſingulos dena dari ſpondes.* non modo valet, ſed conditione exiſtente, inde a die ſtipulationis recte petentur penſiones, quod reperitur in *l. 126. eod. tit.* Scilicet, etſi verba in hiſce perplexari videntur, mens tamen contrahentium, quo minus effectum habeat, nihil impedit.

(d) *Poſ. 20. & ſeqq.*

SCHOLIUM.

Mallem has dicere præpoſteras, per l. 25. C. de Teſtamentis. *ubi diſpoſitum, quod & in teſtamentis valere debeant, ut Auctor quoque notat. Perplexæ exemplum cape* ex l. 16. de cond. inſtit. *quæ uti teſtamentum vitiat, ita multo magis ſtipulationem. Quænam vero ſit differentia inter perplexam & præpoſteram, conferenti utriusque exempla facile patebit.*

Stipulationem factam ſub conditione, *ſi voluerit debitor*, inutilem eſſe, docet Ulpianus in *l. 46. §. ult. de V. O.* ſed, *cum volueris*, ita factam valere, docet idem *§. præced. penult.* Rationem reddit in *l. 17. eod.* Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata *conditione*, quanquam alioquin inter *ſi* & *cum* nihil intereſſe dicitur, *l. 17. eod.* Quid autem hic in eventu practico intereſt, quem ſemper juris ſtudioſum in conſpectu oportet habere, ne inania verborum, quo nihil ab arte Juris alienius, ſectetur? Exiſtimo, ſi is, qui promiſit, *cum voluero*, ſine nova ſtipulatione, & abſente quoque ſtipulatore, profiteatur, ſe velle ſolvere, tum actionem eſſe natam; quæ, ubi dixiſſet, *ſi voluero*, non naſceretur. Hoc ita, ſi ſtipulatio ſit donationis cauſa, non ſi adjecta ſit alii puro contractui; tunc enim poſt mortem promiſſoris omnino datur actio. Sand. *3. 9. 1.*

12. Huc denique & illud pertinet, quod ſtipulatio ſine cauſa, hoc eſt ſine habili negotio ad contrahendum non valet; nec enim hoc eſt ſpeciale verborum obligationi; exceptio doli hoc reſpectu generalis eſt, *l. 2. §. 3. de dol. & met. except.* nec adeo ex inſtrumentis obligationum, quæ cauſam non habent, jus dicitur, niſi cauſa aliunde probetur aut præſumatur, Carpzov. *def. for. p. 1. Conſt. 17. def. 35. l. pen. de fid. inſtrum.* Sponſiones tamen de rebus futuris non turpibus, cauſa non carent, ut putat Herbaj. *c. 1. rerum quotid.* ſed contentio illa de re licita ſat cauſæ eſt, quam ſtipulatio mutua ſequitur, *l. 108. de V. O.* Sand. *3. deciſ. t. 9. def. 1.* Huc referendæ adſecurationes hodie uſitatæ inter mercatores, quibus aliquis in ſe recipit periculum alienarum mercium pro certa mercede; nam eſt ſponſio hæc incerti eventus, ſub ſtipulatione certæ pecuniæ, qua de re vid. Grot. *3. Manuduct. c. 14.*

13. (e) Ratione formæ externæ ſpecialis, vitiatur ſtipulatio, ſi interrogatio & reſponſio non conveniant, aut ſi in continenti ac inter præſentes factæ non fuerint. Diſcrepantia vel dividua eſt, ut pro parte conveniant, partim differant ſtipulatio ſponſioque; vel individua, ut totam obligationem æqualiter adficiat. Illius exemplum, ſi quis plures res ſtipulatione complexus ſit, quarum alter aliquas tantum promittit, tum quod ad has, contrahitur obligatio; nam qui ſimpliciter reſpondit, de omnibus tenetur, *§. 18. h.* Item, qui ſtipulanti decem quinque promiſit, quoniam dividua hæc eſt ſumma, de quinque tenetur, *l. 1. §. 4. & l. 83. §. 3. de V. O.* ſecundum quæ loca explicandus, aut ſupplendus *§. 5. in pr. h. t.* Malim enim ita, quam ἀντινομίαν ſtatuere, quod faciunt Hotom. *h.* & Coraſius *ad d. l. 1.* Ant. Matthæ. & Cl. Wiſſenb. *ad h. tit.* Verum ſi quis pure ſtipulanti conditionaliter reſpondit, aut in diem, vel viceverſa, quoniam hæc inæqualitas divelli nequit, id quoque totam vitiat obligationem, *d. §. 5.* niſi diverſitas reſponſionis illico a ſtipulatore admiſſa ſit, *d. l. 1. §. 3.*

14. Id jam nihil neceſſe monitu eſt, verba utrimque requiri; adeo, ut ſi quis promiſerit, non præcedente interrogatione, is non obligetur, ne quidem poſtquam ſolennitas verborum ſublata eſt, quia tamen adhuc verba requiruntur; licet aliter in pacto, ut ſupra dictum; nihilominus, ſi in inſtrumento ſit ſcriptum, aliquem promiſiſſe, perinde eſt ac ſi additum eſſet, interrogatione præcedente fuiſſe reſponſum, quod præſumptione ſuppletur, *§. 16. h.* quæ tamen per contrariam evidentiſſimam probationem convelli poteſt, *l. 7. §. 12. de Pactis.* Verborum commutatio inſuper partium præſentiam ponit. Nam inter abſentes facta ſtipulatio per epiſtolam, aut nuntium, nullius momenti eſt, *§. 11. pr. h. l. 1. §. 1. de V. O.* Quanquam, ſi ſcriptum in inſtrumento reperiatur, partes fuiſſe præſentes, huic ſcripturæ fidem habeamus, quamdiu contrarium per alia inſtrumenta teſteſque, validius non evincitur, *d. §. 11.* quod faciet qui docuerit, ſe aut adverſarium eo tempore, in quo inſtrumento ſcribitur promiſiſſe, alio loco fuiſſe. Hoc enim modo indirecte is etiam, qui factum negat, illud probare poteſt; cum alioqui per rerum naturam negantis nulla ſit probatio, ſi tempore locove, quod objicitur, non ſit circumſcriptum, *l. 23. C. de probat.* Mornacius ad *l. 18. C. de probat.* Sed de fide inſtrumentorum, modoque probandi, alius dabitur locus. Denique, reſponſio in continenti

(e) *Poſ. 31. & ſeqq.*

roga-

Digitized by Google

rogationem ſubſequi debet, *l. 137. pr. de V. O.* ſic tamen ut modicum intervallum, ne quidem a mane ad veſperam non officiat, ſi modo alius actus non interveniat, *l. 1. §. 1. eod. d. l. 137. ſ. pr.* De ſtipulatione; cum moriar, vel cum morieris, aut poſt mortem alterius, vide *§. 14. & 15. h.* & ea, quæ de Legatis hoc modo relictis dicta ſunt pridem, *ad §. ult. de Legat.* (f) iſta enim hactenus nihil a contractibus differunt. Denique & hoc ad modum Stipulationis pertinet, quod ſuperius eſt dictum, ſpem quoque obligationis, quæ conditione ſuſpenſa eſt, tranſire ad heredem, non tantum ut heres ſtipulatoris agere, ſed etiam, ut promiſſoris heres conveniri poſſit, *§. pen. h. t. l. 57. de V. O.* Præterea, ſicut is, qui tempus promiſit, veluti hoc anno aut hoc menſe, non niſi omnibus anni vel menſis partibus præteritis, ad ſolvendum tenetur; ita, qui ſimpliciter absque mentione temporis promiſit, confeſtim poteſt conveniri, *§. 2. ſupra de verb. obl.* ſed hoc tamen civiliter accipiendum eſt, ut actor tantum duntaxat temporis concedat reo, quantum ad traditionem aut ſolutionem pro conditione rei debitæ commodoque debitoris faciendam, requiritur, *§. ult. h. t.* Eſt enim incivile, creditorem ſtatim adire debitorem cum ſacco, ut ait Paulus in *l. 105. D. Solut.*

Tit. XXI.

De Fidejuſſoribus.

Quid Fidejuſſio & ejus affinia; & in quibus cauſis interponi queat, & quibus non poteſt. Ne ſit gravior obligatione principali. Efficacia fidejuſſionis. Beneficia, & excuſſionis primum. Alterum beneficium. Tertium. Quando in fidejuſſorem actio detur. An fidejuſſor liberari poſſit. An & agere queat ante ſolutionem.

(a) STipulationibus merito ſubjicitur *Fidejuſſio.* Etenim Fidejuſſor eſt, qui ſtipulanti creditori ſpondet, absque novatione, ſua fide & periculo, fore quod alius ipſi debet. Fit ergo per ſtipulationem fidejuſſio, *§. 1. de V. O.* qua in re differt a mandato, quando quis alii ſuo periculo credi mandat, quod ſolo conſenſu fit, alioqui uſum per omnia ſimilem habent, *l. 32. de mand.* ut tamen in eo quoque differant, quod mandator obligationem præcedat, ſuoque nomine teneatur, neque ſolvendo reo, aliter quam per exceptionem liberetur, quia ſuo ex contractu poteſt conveniri, *l. 28. Mandat.* at fidejuſſor nomine duntaxat alieno obligatur, *l. 1. §. 8. de O. & A.* unde reo principali ſolvente, liberatur ipſo jure, *pr. Inſt. Quib. mod. toll. oblig.* Per ſtipulationem differt etiam Fidejuſſor a Conſtitutore, qui pro ſe vel pro alio intercedit nudo pacto, ut in loco dicetur. Per verba *absque novatione*, diſtinguitur ab expromiſſore, qui principalem penitus liberat, & ſolus tenetur, *l. ult. ad Sc. Macedon.* Fidejuſſor dicitur Adpromiſſor in *l. 5. §. 2. de V. O.* quia ſe promittendo alii debitori adjungit, non alium eximit, uti facit Expromiſſor. Illi omnes, & inprimis Fidejuſſores, accipiuntur a creditoribus, dum curant ut diligentius ſibi cautum ſit, ait Imp. *in pr. h. t.* Major quidem ſecuritas & certitudo eſt in pignoribus, ut habetur in *l. 25. d. R. J.* ſed inſtitutum fidejuſſorium eſt commodius, ſiquidem pignora tam debitoribus ad cavendum, quam creditoribus ad cuſtodiendum, moleſta ſunt, nec absque periculo. adde Wiſſenb. *diſp. 34. ad Inſt. th. 7.*

2. (b) Fidejuſſores in cunctis obligationibus dari poſſunt, ſive re, ſive verbis, literis ſive conſenſu contractæ fuerint, imo ſeu civiles ſeu naturales fuerint, ait Imp. in *§. 1. h. t.* Denique & in obligationibus ex delicto, *l. 8. §. 5. & l. 6. §. ult. h. t.* ſcilicet pro pœna maleficii pecuniaria, non in gratiam delinquentis, ut docetur in *l. 70. §. ult. de Fidej.* non etiam ſi agatur ad pœnam corpori infligendam. Poteſt quidem Judicio ſiſtendi cauſa dari Fidejuſſor, qui ſub pœna pecuniaria recipiat, reum ſe ſtiturum, *l. 1. & ſeqq. de Cuſtod. reor.* Sed ut eventum judicii, quod ad mortem vel cruciatum corporis tendit, quisquam nomine alieno ſuſcipiat, id civili & naturali rationi adverſatur; Civili, quia Reipubl. intereſt, maleficos ipſos, non alios pro illis, affici ſupplicio; Naturali, quia nemo ſibi vitam auferre poteſt, non modo non manu, ſed etiam conventione nihilo magis: Pertinet huc, quod

(f) *Poſ. 28.* (a) *Poſ. 1. 2. 3.* (b) *Poſ. 4. & 5.*

ex *l. 13. ad L. Aquil.* notum eſt, neminem eſſe dominum membrorum ſuorum, neque vitam vel corporis incolumitatem eſſe res, quæ ſint in commercio. Veteres gentilium ſecus opinatos fuiſſe, e permiſſa αυτοχειρία Damonis & Pythiæ, (Val. Max. *l. 4. c. 7. in ext.*) item Codri, Deciorum, plurimisque obſidum interfectorum exemplis conſtat, quanquam horum diverſa ex jure belli ratio reddi poſſe videtur. De obligatione, qua quis ſe pro alio obligat ad carceres, vid. Bachov. *not. ad Treutl. vol. 2. diſp. 28. th. 4. lit. F.* Verius autem eſt, nec ad vincula, nec ad exilium quemquam obligari poſſe, quod & Conſtitutione Imperiali prohibitum de anno 1577. *ſub tit. 17.*

3. (c) Quin & Civiles quædam cauſæ dantur, in quibus fidejuſſiones receptæ non ſunt. Qualis eſt popularis actio, *l. 56. in fin. h. t.* forte eadem ratione & limitatione, quam indicat *l. 5. de popul. act.* quod non interſit actoris pecuniarie; verum quia Rei ſemper intereſt, ideo ſicut ille procuratorem dare poteſt, ita quoque fidejuſſor ab eo datus obligabitur. Præterea Lex, qua vir uxori fidejuſſorem dotis ſervandæ cauſa dare ſolebat, abolita eſt in *l. 1. & 2. C. ne fidejuſſ. dot.* Ex quarum ſententia dicendum videtur, ne quidem ſi a maritis ſponte dentur, valere eorum obligationem, ut recte Perezius ad *d. tit.* Pignoratitia tamen cautio, ſtante matrimonio, non prohibebatur, *l. 7. §. 6. de don. conjug.* ſc. fidejuſſoris exactio non caret contumelia, *l. 17. §. ult. de Teſtam. tut.* Jure novo, pignoratitia cautio nomine dotis eſt ſupervacua, quia uxor hodie tacitam habet hypothecam in bonis mariti, *l. un. §. 1. & 15. C. de rei uxor. act.* Denique fidejuſſio neque in obligatione mere civili valet, ut ſtipulatione metu dolove extorta, vel ſine cauſa contracta, per *l. 3. §. 1. de conſtit. pec. l. 14. de compenſat.* Neque in ejusmodi mere naturali, cujus jure civili nullus eſt effectus, * ut quæ a pupillo, furioſo, prodigove contrahitur, *l. 6. de V. O.* quanquam ſi adverſus hosce teneat obligatio, veluti cum ex Re venit, *l. 46. de O. & A.* fidejuſſio nihilo minus valet, *l. 25. h. t.* ſi modo ita ſolvi poteſt ille nodus, quo committitur citata *l. 6. de V. O.* cum *d. l. 25.*

SCHOLIUM.

Conciliare hic ſtudet d. *l. 6.* *cum* d. l. 25. *Senſus vero eſt. Pupillus, furioſus, prodigus, vel obligantur naturaliter, vel non obligantur. Obligantur ex quaſi-contractu ſeu quoties obligatio ex re provenit. Non obligantur, ſi v. g. promiſerint aliquid. De illo caſu loquitur* d. l. 25. *de hoc* d. l. 6. *Wiſſenb.* ad ff. h. t. th. 7. *Sed ipſe Autor dubitat, conciliationem iſtam tollere antinomiam. Nec ſine cauſa. Nam* 1. *verba* d. l. 25. quoniam his mandati actio non competit. *innuunt, Marcellum etiam ſtatuiſſe, fidejuſſorem poſſe accedere promiſſioni pupilli vel prodigi.* 2. *Falſum eſt, pupillum non obligari ex promiſſo naturaliter, per ea quæ ſupra* ad Tit. de oblig. poſit. 3. *Autor docuit. Quod ſi dicas,* l. 6. *loqui de obligatione naturali ex promiſſo veniente,* l. 25. *vero de civili ex quaſi-contractibus, quorſum videtur inclinare, urgebo præter primam reſponſionem, etiam* §. 1. Inſtit. de Fidejuſſ. *ubi dicitur, fidejuſſorem quoque naturali obligationi accedere poſſe. Fuit ergo probabiliter diſſenſus inter Marcellum & Ulpianum. Sed Imperator Marcelli ſententiam videtur approbaſſe* d. §. 1.

RESPONSIO.

Malo jam tenere reſponſionem, quam conciſe poſitioni 10. *inſertam non advertit* D. Thomaſius. *Fidejuſſorem pro pupillo promittente ſimpliciter obligatum, non teneri; niſi id actum ſit, ut ſi pupillus eluderet creditorem jure pupillari, hoc caſu fidejuſſor ſolveret, ut de minoribus*

* Fidejuſſor ergo Mulieris ſine Curatore contrahentis, non obligabitur per ea, quæ ſupra ad Tit. XIV. hujus libri monuimus. Licet enim eum ex ſua fidejuſſione teneri, Mollerus ad *P. 2. C. 15. n. 57.* Carpz. *ad eand. def. 7. & in Tractatu de Jure fœminar. ſing. dec. III. poſ. 3. n. 13.* Philipp. *Uſ. Pr. Inſt. L. 3. Ecl. 60. n. 11.* Hering. *de fidej. c. 10. n. 3.* Wibel. *de Contr. Mul. c. 5. n. 10.* Stryk. *de Cautel. Contr. Sect. 1. c. 2. §. 30.* aliique aſſerant, rectius tamen negativæ ſententiæ accedere videntur Berlich. *P. 2. Concl. 17. n. 111.* Brunnemann. *ad l. 6. ff. de fidej. n. 4.* Mevius *ad Jus Lubec. L. 1. t. 10. art. 1. n. 36.* conf. Pantſchmann. *l. 2. qu. 5.* Joh. Sam. Stryk. *de Jure ſingul. fœmin. Hamburg. c. 2. th. 34.* quoniam Contractus Mulierum ſine Curatore initus, nullitatis vitio laborat, *6. L. 11. L. 14. & L. 46. ff. de fidejuſſ.* & exceptiones principali competentes regulariter etiam fidejuſſoribus proſunt, *l. 7. §. 1. L. 29. ff. de except. L. 32. ff. de fidej.* ac exceptio SCti Vellejani quoque fidejuſſori haud denegatur, *L. 16. §. 1 ff. ad SCtum Vellej. L. 14. & L. 15. C. eod.* conf. Mich. Henr. Gribner. *diſſert. Inaug. de fidejuſſione mulieris ſine curatore contrahentis. Lipſ. a. 703. hab.*

(c) *Poſ. 6. 7. 8. 9.*

ſcriptum

ſcriptum eſt in l. 13. in pr. de minor. *Si cum* ſcirem minorem & ei fidem non haberem, non eſt æquum fidejuſſori in necem meam ſubveniri; ***cum tamen & alibi ſcriptum ſit, fidejuſſorem pro minore ſimpliciter datum non teneri***, l. 51. in pr. de Procurat. l. 89. de Acquir. hered.

N. ADDIT.

Igitur jam oſtendendum, nec illam reſponſionem procedere, quia JC. in d. l. 25. fundat ſe in ratione generali, quoniam fidejuſſoribus non competat mandati actio, *ergo iſta reſtrictio de fidejuſſore in hoc ipſum dato, non fuit in mente JCti. Et imo regulariter quoties minor fidejuſſorem dat, in hoc ipſum dare ſolet, unde nec hæc circumſtantia tanquam ſpecialis, poterit pro medio conciliandi afferri. Cæterum textus ab Autore adducti illuſtrant obſervationem meam, ſc. in hac quæſtione JC. Pandectarum a ſe diſſenſiſſe, imo nec Ulpianum ſemper hac parte ſibi conſtitiſſe.*

4. (d) Requiſitum quoque fidejuſſionis eſt, ne ſit in majorem ſummam concepta, aut gravior tempore, cauſa, loco, quam ipſa obligatio; licet in minus & onere laxiori recte contrahatur; ſiquidem abſurdum foret, plus in acceſſione quam in re principali contineri; ſed minus in acceſſione haberi non repugnat rationi, ut Cæſar ratiocinatur in *§. 5. h. t.* cui adde *l. 8. §. 7. & 8. eod.* Ex qua diſcimus, quomodo accipienda ſint verba *d. §. 5.* fidejuſſores ita accipi non poſſunt, ut plus debeant &c. Textus *in d. §. 7. Placuit eos omnino non obligari*, ait, idque ratio validius firmat, quæ eſt in *d. §. 8.* quia in aliam plane obligationem accepti videntur; Si quis enim fidejubet in ducentos pro eo, qui centum modo debet, is non poteſt intelligi pro iſto fidejubere, quia non eſt verum, quod ille in ducentos ſit obligatus; proinde in diverſam obligationem acceptus videtur, *d. l. 7. §. 8.* ſed qui quinquaginta ſpondet pro amico, qui centum debet, is recte pro illo intervenire dicitur, quoniam is, qui in centum tenetur, etiam in quinquaginta obligatus eſt, *l. 83. §. 3. de V. O.* Cæterum, ſicubi fidejuſſor principali debito ita ſe adjunxerit, ut nullo modo dubitari poſſit, pro qua obligatione interceſſerit, velut ſi in uno inſtrumento principalis & fidejuſſoria obligatio collocata ſit, quis diceret ob fortuitum in ſumma exprimenda, errorem, totam collabi obligationem? vid. Grœnew. *ad. d. l. 8.* idque, niſi fallor, ſentiunt, qui diſſentiunt; quos inter Perez. *ad tit. C. de fidejuſſ.* & Duar. *ad tit. D. de fidejuſſ. c. 3.* quorum argumentis tamen reſpondet D. Wiſſenbach *parte 2. Pand. diſp. 27. th. 10.* Facit huc, quod de conſtituto traditur in *l. 11. §. 1. de conſtit. pec.* eum, qui centum debet, ſi ducentos conſtituat, in centum obligari, quia conſtitutum non tam eſt obligatio acceſſoria, quam repetitio præcedentis, & adſignatio ſolutionis, ut diverſa nullo modo videri queat; unde & ei, qui non eſt creditor, ex conſtituto debetur, *l. 5. §. 2. eod. tit.* quod de obligatione plane diverſa juris ratio non pateretur: videtur hæc eſſe media via inter utramque ſententiam, qua nullo modo quidam volunt obligari fidejuſſorem, alii indiſtincte in concurrentem. Nec dubitem, quin cum hoc temperamento accipiendum ſit, quod pragmatici in foro ad concurrentem teneri tradunt fidejuſſorem, qui ſe gravius, quam principalis reus eſt obligatus, devinxit, teſte Vinnio *ad hunc §. 5.* Sed quod D. Voetius *heic* a Pragmaticis ſtatui ſcribit, fidejuſſorem quoque ſupra debitum principale teneri, nullam videtur habere rationem. Neque enim ratio eſt ea, quam adducit, quod hodie ex pacto naſcitur obligatio & actio. Nam etſi quælibet hodie conventio parit actionem, cauſam tamen oportet habeat, aut animum duntaxat donandi; at fidejuſſor, qui pro debitore in majorem ſummam ac ille debeat, ſpopondit, neque ex cauſa id facit, quatenus egreditur ſummam principalem, neque donandi habet animum, quia fidejubere cupit, nec aliud ſibi quicquam proponit. Denique, ſi tantum in eo ſit diſcrepantia, quod fidejuſſor ſpoponderit in plus quam rogatus erat, non in graviorem cauſam ac ipſe principalis erit obligatus, tum nihilo magis variatur fidejuſſio quam ſtipulatio quævis, ut *ad §. 5. praeced. tit.* dictum; Enimvero nihil eſt dubii, quin ad ſummam concurrentem obligatio tum ſuſtineatur, idque de fidejuſſione diſerte traditur *in l. 33. D. Mandati.*

5. (e) Effectus fidejuſſionis idem eſt qui reliquarum obligationum, ut confeſtim adverſus eum, qui ſpopondit, actio detur, æque ac adverſus principalem, ita ut libero creditoris arbitrio relinquatur, utrum ex illis priore loco convenire velit; itemque ſi plures ſint fidejuſſores, quia ſinguli pro toto debito ſpoponderunt, ſinguli etiam in ſolidum tenentur, *§. 4. h. t. §. 2. I. de*

(d) *Poſ. 11.* (e) *Poſ. 12. 13. 14.*

Digitized by Google

Mandat. l. 19. C. Qui pot. in pign. l. 14. & 24. C. de pignor. l. 2. & 5. C. de fidejuſſ. * Sed quia fidejuſſorum uſus in Republ. neceſſarius, & tamen valde periculoſus eſt, ut oracula ſacra, *cap. 20. v. 16. & c. 27. v. 13. Proverb.* nec non profana, ut Delphicum, κέλευε, παρὰ δ' ἄτη, commonefaciunt; idcirco ad minuendum hoc periculum, ne nimium homines deterreantur, certa beneficia Legibus noviſſimis prodita ſunt, numero tria.

6. Primum uſu, licet inventione ultimum, eſt, beneficium Ordinis ſive Excuſſionis: quo fidejuſſor id conſequitur, ne conventus ſolvere cogatur, antequam debitor principalis fuerit excuſſus, *Nov. 4. c. 1.* quod beneficium datur quoque tertio poſſeſſori hypothecæ creditori obligatæ, ut priusquam ille pignus tradat, primum debitor principalis, dein ſponſores penitus excutiantur, *c. 2. d. N. 4.* niſi hypotheca ſpecialis, pendente lite, alienata fuerit, quo caſu creditor adverſus hypothecæ poſſeſſorem confeſtim agere poteſt, *N. 112. c. 1. §. 1. verſ. ſi autem hoc.* Excuſſo igitur debitore principali, neque ſolvendo reperto, fidejuſſor cum effectu convenitur. Imo ſtatim; ſi excuſſionis termini habiles deficiant; velut, ſi debitor abſit procul, *d. Nov. 4.* aut palam conſtet, eum non eſſe ſolvendo, de quo Perez. *ad tit. C. de fidejuſſ. n. 22.* denique, ſi renuncietur huic beneficio. Imo etiam, ſi fidejuſſor ut debitorem principalem ſe obligarit, Doctores volunt, eum perdere beneficium ordinis, teſte Gail. *2. Obſerv. 28.* Fachin. *8. controv. 54.* Quod tamen an ex ejusmodi ſimplicibus verbis recte deducatur, merito dubites, utpote quibus nihil, quam quod fidejuſſor æque in ſolidum, atque debitor principalis eſt obſtrictus, continetur, qua ratione is, qui ſoluturum ſe juravit, nihilo magis huic beneficio renunciaſſe videtur; adſentiente Fachinæo *3. controverſ. 15.* Dicendum potius, renunciationem debere eſſe expreſſam, ** ita ut clare liqueat, renunciantem bene intellexiſſe, cui juri renunciaverit; quæ eſt ratio, quod *in l. 4. §. 4. D. ſi quis caution. in jud. ſiſt. cauſ. fact. non obtemp.* generalis renunciatio non valet, quia de ejusmodi caſibus illic agitur, qui prævideri non poſſunt: alioqui cum renuncians bene gnarus eſt rerum juriumque ſpecialium, nihil cauſæ eſt, cur neceſſe ſit, exprimi nominatim ſingulas ſpecies.

7. (f) Alterum beneficium eſt *diviſionis*, quod datur ſingulis e pluribus fidejuſſoribus, etiam conſtitutoribus & mandatoribus, *l. ult. C. de Conſtit. pec.* ne unus in ſolidum, ſed quisque pro ſua parte duntaxat teneatur, ex epiſtola D. Hadriani, *§. 4. h. t. l. 26. eod.* quatenus ſcil. omnes ſolvendo ſunt tempore litis conteſtatæ; Nam ſi prius aliqui facultatibus ſint læſi, id reliquos onerare, ceſſante beneficio diviſionis, ſcribit Juſtinianus in *d. §. 4.* Quod lite conteſtata ſecus eſt, id quaſi-contractui, qui litis conteſtatione committitur, *l. 3. §. 11. de Pecul.* adſcribendum: ipſe creditur tunc fidejuſſorem a ſe conventum elegiſſe, eumque novum Reum accepiſſe videtur, *l. 11. de Novat. in pr.* Primus igitur caſus, quo ceſſat beneficium diviſionis, is eſt, ſi unus aut aliqui ex fidejuſſoribus, ante litem conteſtatam deſierint eſſe ſolvendo, quem diximus. II. Eſt, ſi quis cum muliere fidejuſſerit, quia mulierem ſcit intercedere non poſſe, *l. 48. in pr. ff. h. t.* III. Quando minor, per reſtitutionem in integrum ſponſioni ſubductus eſt, ſi minor *ante eum* interceſſerit, is hoc beneficio non gaudet, alioqui non excluditur, *d. l. 48. §. 1.* IV. Qui pro tutore ad indemnitatem pupilli fidejuſſit, non fruitur beneficio diviſionis, quod in favorem pupillaris ætatis placuit, *l. ult. Rem pupilli ſalvam fore.* V. Negatur hoc beneficium infitiantibus, qui in judicio negare ſuſtinuerunt, ſe fidejuſſiſſe, *l. 1. §. 1. h. t.* VI. Qui renunciavit, ut fit ſæpiſſime, moribus hodiernis. Atque hi

* Effectus fidejuſſionis etiam heredes fidejubentis tangit, qui etiam in Saxon. pro rata hereditaria obligantur; licet eorum nulla in inſtrumento fidejuſſionis ſit facta mentio. *P. 3. C. El. 20.*

** Conſtitutio Elector. *17. P. 2.* requirit renunciationem ſpecialiſſimam, qua quis aut ſingula, quibus renunciare cupit fidejuſſorum beneficia commemorat, aut unum, e.g. beneficium diviſionis exprimit, & reliquis ſimul omnibus ſe abdicat. vid. Carpz. *add. . def. 1. 2.* Non tamen exacte requiritur, ut fidejuſſor prius ſpecialiter ac poſtea generaliter renunciet, ſed inverſus quoque renunciationis ordo, e.g. renuncio omnibus beneficiis, mihi tanquam fidejuſſori competentibus, & in ſpecie beneficio diviſionis. ipſum ab uſu reliquorum excludet, Carpz. *h. l. d. 1.* Sed ſicuti hæc ſpecialiſſima commemoratio & renunciatio, Jure Communi non eſt neceſſaria, vid. Mev. *P. 9. Dec. 186.* Schilter. *ad ff. Ex. 48. §. 29.* ita etiam in Saxonia Communi eam haud videas deſiderari, vid. Carpz. *l. c. def. 1. n. 4. 5.* Richter. *V. 2. Conſ. 375. n. 9. ſeqq.*

(f) *Poſ. 15. 16. 17.*

casus

caſus excepti, rurſus habent exceptionem; niſi creditor ab ſingulis fidejuſſoribus partes petierit, tum actionem, quam in ſolidum poterat inſtituere, ultro ipſe diviſiſſe videtur, *l. 16. C. h. t.* verum ab uno partem petendo, ſibi non præjudicat, quo minus quod ab eo non conſequitur, a reliquis petere poſſit, *l. 23. eod. tit.* extra quam ſi is, cum quo agere cupit, ante litem conteſtatam ſolvendo eſſe deſierit, *ut dicere occupavimus.*

8. Quod ſi fidejuſſorum unus ſolidum ſolverit, neglecto, vel prius renunciato diviſionis remedio; is adverſus confidejuſſores nullam habet actionem, *l. 39. de fidejuſſor.* Ideo Tertium eſt beneficium Cedendarum actionum, quo fidejuſſor, qui beneficio diviſionis uti nequit, facta renunciatione, vel quod eo non cupiat uti, poſcit, ut creditor antequam ſolvat, ſibi cedat actiones, quas creditor habet adverſus confidejuſſores, qui tum pro ſuis partibus expenſas illi refundere debent, *l. 17. l. 36. l. 39. h. t. 11. & l. 14. C. eod.* modo animadvertatur, ut ceſſio fiat ante ſolutionem, vel in ipſo actu ſolvendi, aut pactum ſaltem de ceſſione facienda, dum fit ſolutio, adjiciatur, *d. l. 36. & d. l. 11.* alioquin actio ſolutione perempta in caſſum crederetur, *l. 76. D. de ſolut.* Proinde, ſi fidejuſſorum unus ſolidum ſolverit, is cum pro debitore Principali, non pro confidejuſſoribus ſolverit, nullam hos contra habet actionem, *d. l. 39.* nec, ſi deinceps, ubi ſolutione perempta ſit obligatio, ſumpſit a veteri creditore ceſſionem, qui jus quod nullam habet, jam cedere non poteſt, *d. l. 76.* Quod cum manifeſti juris & tamen pœnitendum ſit, non deſunt, qui ceſſionem cum effectu in gratiam fidejuſſoris, fieri poſſe volunt; eamque æquitatem ex intima ſubtilitate juris petunt, eo quod debitoris obligatio, per ſolutionem fidejuſſoris non ſublata ſit ipſo jure, ſed per modum exceptionis duntaxat, unde ſummo jure cedendi facultas adhuc ſuperſit, qua de re vide Sandium *de act. ceſſ. C. .n. 1. 4. 5. 6. 11. 12.* ſed fatendum eſt, ſolutionem dejuſſoris obligationem ipſo jure tollere, quæ ſt doctrina notiſſima, in *pr. Inſt. Quib. mod. .ol. obl.* Nec idcirco aliud dici poteſt, quam ceſſionem obligationis extinctæ nullius eſſe momenti.

SCHOLIUM.

Hodie beneficio cedendarum actionum non eſt opus, etiam ceſſione non facta, utilis negotiorum geſtorum actio fidejuſſori datur in fidejuſſorem, Wiſſ. th. 19.

RESPONSIO.

Cum moribus noſtris hac de re nihil ſit cautum, non puto nobis a jure civili recedere tutum eſſe, nec ſatis rite omitti ceſſionem, facillimus alioqui juris abrogati Cenſor, Græuewegius arbitratur, ad l. 11. C. de Fidejuſſor.

N. ADDIT.

Ego vero ſic infero. Jus Romanum Germanis non eſt datum. Germani habuerunt mores conformes ſimplicitati Juris Gentium. Ceſſio actionum, de qua quæritur, orta fuit ex ſubtilitate JCtorum disquirentium, utrum formula negotiorum geſtorum hic poſſet habere locum. Ergo non videndum, an jus Romanum hac parte moribus noſtris ſit abrogatum, ſed an receptum. Præprimis cum formulæ nunquam inter nos uſitatæ fuerint. Interim propter diſſentientes tutius eſt uti ceſſione, * *præprimis cum fere conſentiant, etiam poſt ſolutionem factam ceſſionem adhuc procedere, quod alias ſubtilitas Romana non admittebat.*

Huic beneficio non perinde ac reliquis ſolet renunciari, quia nullum creditoribus infert præjudicium. Enimvero ſi inferat, creditor ad ceſſionem præſtandam non teneretur, Sand. *lib. 3. tit. 10. def. 5.*

9. (g) Actio ex fidejuſſione nunquam datur, niſi principalis obligatio præceſſerit, quia fidejuſſio eſt acceſſoria, *l. 1. & l. 8. §. 1. de fidejuſſor.* nam quod ſcriptum eſt, fidejuſſionem præcedere poſſe obligationem principalem, *§. 3. h. l. 6. §. ult. eod.* id de promiſſione fidejubendi cauſa, non de effectu obligatorio intelligendum; Datur autem actio ex fidejuſſione, primo creditori adverſus ſponſorem, non eadem, quæ in priſtinum debitorem dabatur, ſed condictio certi, aut ex ſtipulatu, tametſi æque late ac principalis actio pateat, ſecundum ea, quæ ad §. 4. dicta ſunt. Adeo ut fidejuſſor in omnem cau-

* Præſumitur interim ex benignitate, plerumque in foro recepta, mens fidejuſſoris emendi a creditore actiones contra debitorem, unde quocunque tempore iſtam ceſſionem ab ipſo poſtulari poſſe, ſtatuunt Carpz. *P. 2. C. 16. d. 17.* Brunnem. *Cent. 3. Dec. 84.* Zang. *d. except. P. 2. c. 16. n. 32.*

(g) *Poſ. 22. & ſeqq.*

Digitized by Google

ſam, quatenus debitor obnoxius erat, teneatur, licet genus actionis mutatum ſit, *l. 56. §. pen. de fidejuſſ.* hinc is, qui pro conductore ſimpliciter interceſſit, in omnium penſiones annorum tenetur, *l. 58. pr. D. eod.* perinde ſi ex mora factove debitoris res ſit facta deterior, aut perierit, *d. l. §. 1.* etiam in uſuras & fructus, *l. 10. Rempup. ſalv.* niſi aliter convenerit, *l. 2. §. pen. de adminiſtr. rerr. ad civit. pertin.* & in omne id quod intereſt, niſi in certam quantitatem ſpondere ſe dixerit, *l. 2. §. ult. Qui ſatisd. cog.* tunc enim ne in uſuras quidem condemnatur, *l. 68. §. 1. de Fidejuſſ.* Ex quibus dicendum videtur, quando non eſt expreſſum, ut fidejuſſor in ſolam ſortem ſolamve penſionem annuam, ſed in obligationem ſimpliciter teneatur, eum hoc ipſo in omnem cauſam obligatum videri, quod tenendum ad *l. 54. Locati.* in omnem cauſam, inquam, quæ ex eodem negotio naſcitur, *d. l. 56. §. pen.* Convenienter, ſi non certum ad usque tempus, verum ſimpliciter ſit obligatus, prorogatione termini ſolutionis non liberatur, de qua utraque ſpecie videatur Sandius *lib. 3. tit. 10. def. 4. & 5.* Fachin. *2. controv. c. 88. & l. 12. c. 30.* Etenim qui in principalem ſe obſtrinxit, eum in acceſſiones quoque ordinarias, & cauſas ipſa ex re ortas, reique cohærentes teneri, conſentaneum eſt, *l. 52. §. 2. b. t.* Cæterum, ſi reus principalis ob ſuam contumaciam in majus condemnetur, ejusmodi factum, quod pro ordinaria acceſſione haberi nequit, ſed ex officio judicis proficiſcitur, ad fidejuſſoris obligationem non pertinet, *l. ult. de fidejuſſ.* nec, ſi reus certo loco dare obligatus, ibi ſolvere nolens actione arbitraria in majus condemnetur, id gravat fidejuſſorem, quia & hoc perſonale commiſſum eſt, officio judicis æſtimandum, cui fidejuſſor ex ſuo tantum facto, non aliter ſit obnoxius; idque ſecus in uſuris obtinere, auctor eſt idem, qui alterum illud tradit, Africanus in *l. centum capuæ. D. eo quod certo loco.* Tamen eventu inſpecto oneratur etiam fidejuſſor, quatenus officium judicis in ipſum quoque redundat. Unde veniat hoc officium judicis, & annon ex implicita obligationis natura id ipſum oriatur, alias videndum.

10. (h) Fidejuſſor ſemel datus in perpetuum obligatur, nec liberari poteſt creditore invito, niſi per ſolutionem principalis obligationis; proinde alium fidejuſſorem vel pignus admittere non cogitur, *l. 45. §. 2. Mandati. & l. 9. §. 3. de pignor. act.* uti nec pignus fidejuſſore commutare, aliter quam conſentiens, *l. 5. §. 2. Quib. mod. pign. ſolv.* nihil obſtantibus nec reſponſione dignis, *l. 10. §. 1. Quod met. c. l. 25. §. ult. de rec. arb. l. 21. §. ult. de conſtit. pec. l. 2. §. 8. de relig.* de quibus vid. Bachov. 5. *de pignor. c. 10. n. 3.* E contrario, debitor quoque non tenetur ad alium fidejuſſorem, in locum prioris lapſi facultatibus dandum, quia nullum inter creditorem & debitorem fidejuſſionis cauſa vinculum exiſtit, nec aliter quam per conſequentiam, debitor ad ſatisdandum compelli poteſt, quatenus aut ab initio fidem aliter non impetrat, aut dein compellatus ad ſolvendum nec ſuo commodo, fidejuſſorem alium offerre cogitur; qua ratione creditor omnimodo uti poteſt; ſed actio ad ſatisdationem per ſe petendam, neque initio, neque poſtea datur, niſi quando neceſſitas juris in aliquo negotio flagitat ſponſionem; tunc enim, ut ab initio, is a quo petitur, dare fidejuſſorem, ita quoque, ſi deſierit eſſe idoneus, (non, ſi ſemper inops fuerit,) alium ſubſtituere cogitur, *l. 10. §. 1. Qui ſatisd. cog. l. 4. de Prætor. ſtipul. l. 20. §. antep. de op. nov. nunc. l. 3. §. ult.* cum *l. ſeq. Ut in poſſ. Leg.*

11. (i) Obligatio igitur & actio reſpectu fidejuſſionis, oritur inter creditorem & fidejuſſorem ex una, inter fidejuſſorem & debitorem altera parte; de priori diximus. Fidejuſſor de eo, quod pro debitore præſtitit, habet mandati actionem, ad omnem indemnitatem, *§. 6. Inſt. h. l. 11. §. 10. mand. & l. 2. C. eod.* niſi pro ignorante ſpoponderit, quo caſu negotiorum geſtorum actio comparata eſt, *l. 20. §. 1. Mandati.* Non poſſe eum convenire debitorem ad ſolvendum ſibi, antequam ipſe ſolverit, manifeſtum eſt, *l. 10. C. Mand.* Ex qua tamen diſcimus, tres dari caſus, quibus ante ſolutionem jus habeat agendi fidejuſſor, non tam ut ſibi, quam ut creditori ſolvatur, & ipſe liberetur: 1. ſi condemnatus ſit, 2. ſi debitor bona ſua dilapidet, 3. ſi ab initio ita convenerit, quibus adde 4. ſi debitor in ſolutione, aut creditor in exactione diu ceſſaverit, *l. 38. §. 1. de mandat.* qua de re vide omnino Sandium *l. 3. tit. 10. def. 7.* quoad usque autem illud diu ſit extendendum, Judicis arbitrio relinquendum videtur, cum Accurſio in *d. l. 38.* Diſcrimen, quod Coſtalius *ad l. 28. de negot.* D. Wiſſenbach. ad *ff. diſp. de fidejuſſ. th. 24.* ſtatuunt hac parte, inter fidejuſſorem & mandato-

(h) *Poſ. 27. & ſeqq.* (i) *Poſ. 24. 25.*

dato-

datorem, quaſi hic indiſtincte ante ſolutionem agere poſſit; e textibus, quos citant, non probatur. Nam in *l. 28. de Negot. geſt.* agit Mandatarius contra ſubſtitutum, non ſuum Mandatorem. In *l. 45. pr. Mandati.* agit Mandatarius, ut debitor principali obligationem ſuam, quæ creditori ſolutionem urgenti competit, ſuſcipiat, ne ipſe res ſuas vendere cogatur, cujusmodi actionem ne fidejuſſori quidem poſſe negari exiſtimo, *arg. d. l. 38. §. 1. & d. l. 10.*

12. (k) Quinam fidejubere poſſint, nihil opus fuit memorare, quia fidejuſſio eſt ſtipulatio; proindequi ex ſtipulatione obligantur, hi quoque ex fidejuſſione tenentur; niſi quod milites prohibentur, ut omnino res alienas gerere, ita & fidejubere, *l. 31. C. Locat.* Denique Mulieres Sc̃to Vellejano exemptæ ſunt interceſſionibus, ob nimiam facilitatem ſexus, qua de re latius ad Pandectas, *l. 1. pr. de Sc. Vell.* Utroſque etiam renunciare poſſe putem; de muliere certum eſt, *l. ult. §. pen. ad Sc. Vellej.* de milite idem videtur, quia in *d. l. 8. §. 1.* tantum eſt, quod recuſari poſſit ab eo, cui offertur. In *l. 31. C. Locati* eſt quidem prohibitio ob utilitatem publicam, ſed tantum ratione prædiorum conductorum, ne ad opus ruſtre ab armis ſe conferant.

Denique Patrem pro filiofam. & hunc pro patre fidejubere poſſe, docet *l. 10. §. 1. de fidejuſſ. l. 8. C. eod. & l. 19. §. 2. de inſtit. act.*

TIT. XXII.

De Literarum obligationibus.

Deſcriptio obligationis literarum, & exceptionis non numeratæ pecuniæ. Efficacia ejus poſt biennium. De remediis præter exceptionem. Rectene obligatio literarum *appelletur.*

(a) Literis obligatus dicitur, qui ſcripſit in chirographo, ſe mutuam accepiſſe pecuniam, ſpe accipiendæ, antequam vere acceperat, nec intra biennium id retractavit; quod crebro accidit, ut in hoc titulo explicatur. *Sed hæc obligatio, aut nomen ejus duntaxat,* qualecunque, *veteribus ignotum fuiſſe JCtis,* ſatis apparet ex *l. 1. §. 1. de O. & A. l. 8. §. 1. de Fidejuſſ. & l. 1. §. 1. de Novation.* Alio ſenſu Gloſſarium vetus & Theophilus literarum obligationem definiunt, τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμενον γράμματι τυπικῷ, *vetus debitum in novum mutuum imaginaria ſcriptura transformatum.* Hæc erat vetus nominum obligatio, de qua Juſtinianus in *h. t.* Solebant enim veteres, contractu qualicunque inito, ſummam ex eo debitam inferre in rationes, tam debitor quam creditor, quarum collatione facta, nominum obligatio quaſi per novationem dicebatur. Et hæc nomina Juſtinianus fœneratitias cautiones appellat, in *l. ult. C. de pact. Convent.* quare autem nomina dicantur, docet Aſcon. Pæd. *in III. Verrinam.* Poſtquam vero illa vetus rationum Collatio deſierat eſſe in uſu hominum, & creditoribus per chirographa debitorum caveri cœpit, originem habuit illa, quam deſcripſimus, obligatio LITERARUM. Diximus, enim, qui ſcripſit in chirographo, vel potius in ſyngrapha, hac obligatione teneri, ſi verum eſt terminorum illorum diſcrimen, quod tradit Aſconius Pæd. in *Verrinam de Pretur. Inter ſyngraphas & chirographa hoc,* ait, *intereſt, quod in cæteris tantum quæ geſta ſunt, ſcribi ſolent, in ſyngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit, & non numerata quoque pecunia aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum ſcribi ſolet, more inſtitutoque Græcorum.* Aliam ipſæ voces indicant differentiam ab Aſconio quoque monſtratam, *chirographa ab una parte ſervari, ſyngraphas ſignatas utriusque manu utrique parti ſervandas tradi.* Et hæc ſignificatio propius ad hujus inſtituti conditionem accedit. Nam inſtrumenta utrimque obligatoria, ſic erunt ſyngraphæ, quæ ab altera tantum parte ligant, uti in hiſce, de quibus nunc agimus, fit, chirographa dicenda fuerint. Sane quovis inſtrumento a tabellione conſenſu duntaxat partium conſcripto, vim hujus obligationis contineri poſſe, indubitatum eſt, prout hæ ſcripturæ ſimpliciter cautiones appellantur, *l. 1. l. 3. & l. 8. & paſſ. C. de non numer. pecun.* Chirographum

(k) *Poſ. 18.* (a) *Poſ. 1.*

Digitized by Google

igitur, quo tantum confeſſio debiti accepti (b) continetur, intra biennium (olim quinquennium) elidi poteſt per exceptionem non numeratæ pecuniæ, *h. t. l. 1. l. 3. & l. 5. 8. 14. C. de non num. pec.* cujus ea vis eſt, ut creditor, etſi chirographo debitoris inſtructus, inſuper aliunde probare debeat, numerationem pecuniæ eſſe factam, *b. t. l. 3. & l. 1. C. d. t.* † Niſi debitor renunciaverit * huic exceptioni, quo caſu ipſe tenetur ad probandum, numerationem non eſſe factam, ut quidem in noſtro foro ſervant. Sand. *l. 3. c. 2. def. 1.*

SCHOLIUM.

* *Ex Intervallo puta. Renuncians enim in ipſa cautione, nihil agit, (quamvis aliud videatur obſervari apud Friſios, per ea, quæ Sande* d. l. *ſed conſ. tamen quæ habet* Idem lib. 1. tit. 8. def. 3. verſ. exceptio quoque.) *niſi jurato hoc fecerit.* Schütz. d. l. *Diſſentit quoad juratam renunciationem, Struv.* XVI. 53. *Vide omnino concluſum ſupremi Senatus Appellationum,* ap. *Philippi* lib. 3. Ecl. 67. n. 16. p. 704.

RESPONSIO.

Non abhorret hæc limitatio a Juris ratione, nec ab re ipſa, quod debitor eadem facilitate, qua ſe obligavit, renunciaſſe videatur. Sed quia renunciationes ex poſt facto *ſunt rariſſimæ, vix eſt ut uſum fori noſtri ad illas auſim reſtringere.*

N. ADDIT.

Dixeram ipſe in Scholio, hanc limitationem apud Friſios non obſervari. <u>*Quanquam*</u> *etiam videndum hic eſſet ante omnia, an renunciationes injuratæ in continenti adjectæ, habeant efficaciam. Videtur enim tota hæc renunciationum, quatenus a Juris ratione abhorrent, materia originem debere principiis Juris Canonici.*

Biennio elapſo, ſi ille, qui ſcripſit, confeſſionem ſuam non retractaverit, inſtrumentum habet plenam vim & efficaciam, non ad probandum; (nam de facto, an numeratum ſit, non quæritur;) ſed ad obligationem producendam; ut adeo, ſive credita, ſeu non ſit credita pecunia, ille, qui ſcripſit & per biennium tacuit, obligetur, *b. text. l. 8. & l. 14. C. non num. pec.* Extra terminos mutui (b) ſe non extendit hæc obligatio. Nam cum hoc jus, quo inſtrumento probandi vis aufertur, ſingulare & enorme ſit, neutiquam ultra limites a Lege præſcriptos extendi poteſt, & ſunt textus in *l. 5. 6. & 11. d. tit. Cod.* in quibus ſimpliciter ſtandum ſcripturis docetur, donec ille, qui cautionem omiſerit, contrarium evidentiſſime probaverit, *l. 13. eod. add. l. 25. in fin. de probat.* Ratio diverſitatis in mutuo a cæteris contractibus eſt, ut videtur, haud rara debitorum facilitas ad ſubſcriptionem anticipandam, propter cupiditatem habendi pecunias, quibus egent, quod non æque alias fit.

SCHOLIUM.

(b) Exceptio tamen non numeratæ pecuniæ, intra biennium etiam in aliis contractibus opponi poterit, §. 2. Inſtit. de except. vid. Prælect. p. 265. n. 1. & 267. n. ult. Adde Schütz. d. l. p. 132. in O. Struv. d. ex. th. 52.

RESPONSIO.

Nec habet hoc ita Struvius, nec ego, nec eſt in d. §. 2. *Sed tantum quod exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat in Mutuo, ſine Scriptura per Stipulationem firmato, ut eſt* fin. h. t.

N. ADDIT.

Præceſſerant in Scholio meo verba quædam ab Autore omiſſa. Dixeram enim: Scilicet literarum obligatio, ut nimirum poſt biennium elapſum nihil aliud poſſit opponi. *Hæc ſi addas, patet,* alios contractus *in verbis ſequentibus opponi a me* literarum obligationi. *Atque hoc ſatis probatur per* d. §. 2. *ubi ſtipulationis fit mentio, ut ipſe Autor fatetur. Interim per me nunc totum Scholium omitti poteſt, cum hac in parte conſentiamus.*

† Etiam apud Saxones exceptioni non numeratæ pecuniæ, intra biennium locus eſt, in proceſſu quoque executivo, ſi actor ex inſtrumento, ut ajunt, guarentigiato experiatur, Hartm. Piſtor. *L. 4. qu. 12. n. 2.* Carpzov. *L. 2. Reſp. 89. j. eund. P. 1. C. 32. def. 65. ſeqq. ceu reſp. Fac. Jur. Lipſ. Menſ. Sept. A. 1700.* Diſſent. Finckelt. *obſ. 189. n. 10. ſeq.* Schilter. *adſſ. Exerc. 22. th. 20.* Berger. *Elect. Proc. Execut. th. 43.* eandemque, niſi ſpeciali lege aut conſuetudine aliud cautum ſit, etiam inter mercatores, imo adverſus Cambium opponi poſſe, ſentit Richter. *Dec. 21. n. 24. j. Contr. Jur. Civil. Diſp. 4. th. 14. ſeq.* Sed *Ordinat. Mercatoria Lipſ. t. 11.* §. Allermaſſen. eam in Proceſſu Executivo & Cambiali non admittit, niſi in continenti ſit liquida, licet cambium non contineat Valutam. *add. Ordinat. Cambial.* §. 13. Imo licet hæc exceptio ex ipſa creditoris confeſſione durch ſeinen eigenhändigen Schein oder Verſchreibung, in continenti ſit liquida, tamen adverſus Ceſſionarium cambii, an den der Wechſel cediret oder indoſſiret, eam non admitti, conſtat ex *d.* §. Allermaſſen. *verb. final.* conf. König. Wechſel. Ordn. *p. 36.*

(b) *Poſ. 10.*

(c) Cæ-

Digitized by Google

(c) Cæterum elapſo biennio, debitor omnimodo, etiamſi pupillus ſit, debitum ſolvere compellitur, *l. 8. C. d. t.* hoc eſt, exceptionem pecuniæ non numeratæ opponere non poteſt, ut loquitur Juſtinianus in *hoc tit.* nec jusjurandum deferre creditori, *l. 14. §. 3. d. t. Cod.* Scilicet, non modo ceſſat tum illa vis Legis, quæ inſtrumento vim probandi ante ſubtrahens novum creditori onus probandi imponebat, ſed in contrarium Lex tum producit obligationem, quam naſci e ſcriptura affirmat Juſtinianus. Proinde, cum poſita cauſa obligationis, ſolutio ſecundum illam neceſſario facienda ſit, non poteſt eſſe verum, quod Schola communis & uſus fori recepit, eum, qui ſcripſit chirographum, adhuc poſt biennium admitti ad probandum, ſe non accepiſſe pecuniam: Tunc enim lapſus biennii nihil efficeret, quam ut onus probandi a debitore in creditorem transferret, nec ſpecies obligationis eſſet ullo modo; cui accedunt textus clari, *in d. l. 8. & h. t.* item *l. 10. & l. 14. in pr. eod. tit. Cod.* D. Wiſſenbach. *diſp. ad Inſtit. 34. th. 22.* *

2. (d) Quid autem, ſi creditor toto biennio non agat, ut ſcriptor ſyngraphæ exceptionem nequirit opponere? ſuppeditatur a Lege duplex remedium, proteſtationis unum de pecunia non accepta, qua in ſcriptis facta, exceptio fit perpetua, *l. 8. l. 9. & l. 14. §. 4. & auth. ſeq. C. eod. tit.* Condictionis alterum, qua cautionem ſive chirographum ſuum repetat, *l. 7. C. eod. & l. ult. C. de Condict. ex L.* Atque hæc remedia ſecundum ipſam exceptionem, utpote realia, dantur & heredibus, & fidejuſſoribus, *l. 8. & l. 12. h. t.* imo & iis, qui hypothecaria propter debitum auctoris ſui conveniuntur, tametſi debitor ipſe nunquam hiſce remediis uſus ſit, nec etiamnum utatur, *l. pen. eod. tit.* Scriptor apochæ, (e) intra dies 30. reclamare debet: alioquin habetur pecunia pro ſoluta, uti in obligatione literarum, *d. l. 14. §. 2.*

3. Satis ex his, quæ dicta ſunt, liquet, non ſpectare hanc obligationem ad ullam e tribus notis obligationum ſpeciebus, non ad conſenſualem, quia palam eſt, ſolo conſenſu hanc contrahi; non ad eam quæ verbis, quia nulla concipiuntur & inter abſentes ſæpe fit; denique nec ad realem, quia re non contrahitur, niſi quatenus vere & naturaliter datum eſt, *l. 11. §. 1. de reb. cred.* nihil ut ſuperſit, quam ut nova & diſtincta ſpecies ſit obligationis, quæ *literarum* dicitur, quia fundamentum ejus in ſcriptura conſiſtit. Sunt tamen, quibus hoc nimium diſplicet, & ſunt hi plerique, anteſignano Bachovio, *vol. 1. diſp. 20. th. 2. lit. B.* cujus rationes luculentas appellat D. Wiſſenb. *d. diſput. 34. th. 21.* Nos autem parum abeſt, quin erronea illos hypotheſi credamus abuti, quæ hæc eſſe videtur; Obligationem literarum eſſe tum, quando pecuniæ non numeratæ exceptio datur debitori, adeoque ante lapſum biennii; quod eſt contra mentem Juſtiniani; qui diſerte, *ſcriptura* debitorem ait *obligari*, quando amplius *queri non poteſt*, cum videlicet omnia lapſu temporis amiſit remedia. Nam prius, quando creditor debitorem compellat, non ait ſimpliciter, eum teneri quoniam ſcripſit, verum quia mutuam pecuniam accepit; condictione certi ordinariam ex mutuo actionem inſtituit, ſuamque probationem petit e ſcriptura, cui reus opponit exceptionem, non ſcripturæ, ſed numerationis, hoc eſt, mutuo ipſi oppoſitam: ſi ex literarum obligatione ageret, concedimus Bachovio, exceptionem ſcripturæ quoque opponendam fuiſſe: quemadmodum poſt biennium, quo nos literarum obligationem naſci putamus, non habet aliam debitor exceptionem, aut defenſionem, quam chirographi non ſcripti, *l. 4. & auth. ſeq. C. de non numer. pecun.* Saltem hoc legibus conſtitutum eſt, quia ſæpe fit, ut in mutuo debitores ſpe numerandæ pecuniæ ſe accepiſſe fateantur quod non acceperunt, uti nec vim probandi conſuetam habeat illa ſcripta confeſſio, ſed actorem inſuper aliunde numerationem probare oporteat; atqui hoc ipſum argumento eſt, non eſſe tum literarum obligationem; nam ſi chirographum tunc faceret obligationem, fieri non poterat, quin agnita cautione vera, reus omnino condemnaretur.

4. Quin vero in hoc cardine vertitur nobilis diſputatio, placet id, quod Hotomannus in ſuo ad Inſtitutiones commentario facit ubique, con-

* Apud nos tamen debitorem etiam poſt biennium, ad probationem exceptionis non numeratæ pecuniæ admitti, docent Carpzov. *L. 2. Reſp. 91.* Richt. *Dec. 21. n. 12. add. Controv. Jur. Civil. Diſp. 4. th. 10.* Interim ſententiam Domini Autoris defendit, & in Summo Provocationum Senatu obtinere, oſtendit Berger. *Reſol. Lauterb. tit. de Reb. Cred quæſt. 3.* qui tamen in Electis Proc. Executiv. exceptioni doli ſpeciali, elapſo licet biennio, locum relinquit. *th. 44.*

(c) *Poſ. 6.* (d) *Poſ. 4. 5.* (e) *Poſ. 11.*

tentionem partium, quæ ſolet eſſe ante biennium, Rhetorice demonſtrare. Prima intentio actoris, quam Græci προβολὴν vocant, in hac controverſia debet eſſe hujuſmodi; *Titi, debes mihi centum ex mutuo;* ἀντιπροβολή, ſive prima rei reſponſio eſt; non debeo centum aureos. Hinc oritur ſtatus, debeatne Titius Cajo actori centum aureos, an non debeat ex mutuo. Sequitur τὸ αἴτιον, Ratio actoris; *Tu ipſe confeſſus es in hac ſyngrapha, te accepiſſe a me centum aureos mutuo.* Τὸ συνέχον ſive continens rei, *ſcripſi quidem ſpe numerationis faciendæ, at hæc non eſt ſecuta, non eſt facta.* Tandem igitur κρίσις ſeu judicatio eſt, *numeratio ſitne facta, vel non;* adeoque an mutuum, quod reali numeratione perficitur, vere contractum ſit, an ſecus. Κρίσις controverſiæ, quæ ex obligatione oritur, neceſſario circa naturam obligationis verſari debet: Atque illa non pendet heic a vi ſcripturæ, ſed a mutuo, id eſt, a numeratione pecuniæ. Rurſus, Pone caſum, quo Reus elapſo biennio convenitur: Προβολή, ἀντιπροβολή, & Status ſunt hic iidem, qui in ſpecie præcedenti: Τῷ αἰτίῳ, ſive rationi actoris, hoc adjicitur; ſcripſiſti *ante biennium* te mutuo a me accepiſſe centum aureos, ſed τὸ συνέχον, ſive continentia rei, jam longe eſt alia; quid enim; an dicet; *non accepi, non numeraſti?* hæc inania ſunt, exceptio talis poſt biennium non admittitur. Quale igitur debet eſſe τὸ συνέχον Rei poſt biennium? Nullum habet aliud, quam hujuſmodi; *chirographum illud non eſt meum, non ſcripſi.* Unde tunc illa reſultat κρίσις, an reus ſcripſerit chirographum, nec ne; atque ita manifeſtum eſt, tum demum exiſtere literarum obligationem, prius de mutuo duntaxat quæri. Bachovius urget, obligationis cauſam eſſe præſumptum Mutuum; quod equidem concedi poteſt dediſſe cauſam huic obligationi, ſed eſt cauſa remota; proxima vero non eſt alia quam ipſa ſcriptura. Certi ſumus, hac re probe intellecta nemini defuturum, quod prolixis Bachovii rationibus & cavillationibus reſpondeat, adde tamen his D. Vinnium *Comment. ad h. t.* Objectionem quandam aliam removet D. Thomaſius.

SCHOLIUM.

Intra biennium literarum obligatio nondum eſt, quod eleganter declarat Autor. Sed *inquit* Strauch. XIV. 21. ita tempus ſit modus conſtituendæ obligationis, quod eſt contra *l. 44. §. 1. ff. de O. & A.* & ita potius obligatio biennii, non literarum, dicenda foret. *Verum hæc non turbant: Namprius non magis ſequitur, quam ſi dicere velis, tempus eſſe modum conſtituendi dominii, quoniam ad præſcriptionem certum tempus requiritur; neque poſterius aliquid infert, cum a potiori facta fuerit denominatio, literæ enim dant formam obligationi, tempus vero rationem habet conditionis, ut Philoſophi dicunt, ſine qua non. Ad* l. 3. C. de non num. pec. *quam urget Schütz.* Comp. tit. de reb. cred. p. 132. *reſpondeo cum Pomponio ex* l. 8. de O. & A. *& Paulo* in l. 112. de R. J.

Unum forte ſit ex Bachovianis, quod a prioribus non pendeat. Veteres, ait, ante Juſtinianum literarum obligationem non cognoverunt, cum tamen illa ſpecies negotii minime tunc ignota fuerit, quod probatur ex *l. 1. 2. 3. & ſeqq. C. de non numer. pecun.* Reſponſio eſt, in illis textibus Cod. agi de ſcriptura nondum ad obligationis maturitatem perducta; quippe cum in iis exceptio non numeratæ pecuniæ adhuc commemoretur: Non probatur autem, quod ante Juſtinianum hujuſmodi nomen in uſu non fuerit, quando poſt quinquennium, (cujus loco noſter Princeps biennium ſubſtituit,) abſoluta ſolvendi neceſſitas debitori incumbebat. Et quid ſi veteres hoc nomine penitus abſtinuerunt, eo quod magis ex vi Legis, quam voluntate partium hæc obligatio naſcatur? & quid ſi ob affinitatem cum mutuo ad illud hanc ipſam ſpeciem retulerint? Nos quærimus, numquid rei natura patiatur, ut a Juſtiniano literarum obligatio vocari potuerit, quod nobis quidem videtur. Placet unum addere; Bachovius obligationem literarum non poſſe ita vocari contendit, quia tunc etiam locus ſit huic exceptioni, quando quis ſine ulla ſcriptura coram teſtibus pecuniam ſe accepiſſe confeſſus eſt; Etenim negandum eſt, ejusmodi confeſſionis eandem eſſe rationem, quæ eſt ſcripturæ, ita quemadmodum ſuperius expoſitum eſt. Hanc enim Debitor in re præſenti ſpe accipiendæ pecuniæ, cui inhiat, facile præſtat; at cum aliquis coram teſtibus ſerio declarat, ſe revera pecuniam aliquandudum accepiſſe, id ejusmodi interpretationem nullo modo recipit. Enimvero quo minus errorem Confeſſionis ſuæ retractet, atque probet; nihil ne quidem poſt biennium, obſtat, ut recte Tuldenus *ad d. tit. C. n. 6.* Tenendum interim, quod exce-

exceptio non numeratæ pecuniæ latius pateat, quam literarum obligatio. Nam is, qui ſtipulanti ſpopondit, ſe redditurum eſſe nummos, ſibi non numeratos, habet illam exceptionem, *§. 2. l. de Except.* nec tamen literis obligatur, ſed vere ex præſumpto mutuo, quod in literarum obligatione non negamus ſubeſſe, verum ibi cauſam obligationis eſſe proximam, id negamus.

Tit. XXIII.

De Obligationibus ex Conſenſu.

OMnes quidem obligationes ex contractibus oriundæ ineuntur conſenſu, ſed quæ nihil præter conſenſum habent, hæ per excellentiam conſenſuales vocantur; cum reliquis ab eo, quod ſupra conſenſum habent, ſcilicet rei traditione, verborum conceptione, aut literarum ſcriptura, nomen tribuatur. Sunt igitur conſenſuales obligationes, quæ ſolo nudoque conſenſu perficiuntur, quales ſunt *Emptio Venditio, Locatio Conductio, Societas & Mandatum.* Cum autem hæ obligationes ſint ſimpliciſſimæ & mere juris gentium, poſſunt quovis modo, etiam inter abſentes contrahi, ſane etiam nutu, *l. 52. §. ult. de oblig. & act.* nutu, ubi fari non poteſt, delegare debitorem ſuum quis poteſt, *l. 17. de Nov.* adſignari poteſt libertus nutu, *l. 1. §. 3. de adſign. lib.* & fideicommiſſum relinqui poteſt nutu, *l. 21. de Legat. 3.* Etſi ſtipulatio nutu facta nihil valet, ne quidem ut naturaliter obliget, *l. 1. §. 2. de V.O.* Poteſt etiam facto conſenſus tacite declarari, *l. 6. §. 2. & l. 8. Mandati.* Nam etſi inter veros & quaſi-contractus hoc interſit, quod illi expreſſo, hi fere tacito conſenſu fiant, ſunt tamen facta quædam adeo clara & prægnantia, ut expreſſum conſenſum omnino efficiant, veluti cum quis mea negotia, me præſente, geſſit, ſi prædium verb. gr. vendiderit, cujus ego pretium dein accepero, *l. 12. de evict.* Denique bonæ fidei ſunt, cujus rei, quis ſit effectus, *infra* videbimus. Facile erit, cui in mentem veniet rogare, qui fiat, ut ex hiſce conventionibus, quæ nihilo plus continere videntur, quam nudæ pactiones, hoc eſt duorum pluriumve in idem placitum conſenſum, actio & obligatio naſcatur, quo effectu conventiones ſimplices ſive pacta nuda deſtituuntur. Videtur ita dicendum; Jure naturæ & Gentium ſufficiebat ſola voluntas partium utrimque declarata, quemadmodum aliquoties diximus; ſed utilitas civium non patiebatur, ut e quovis dicto promiſſove daretur actio in foro, quemadmodum *tit. de Verb. obligation.* eſt dictum. Eadem tamen utilitas promiſcui uſus non ferebat, ut omnes ſeriæ deliberatæque conventiones, carerent prompto effectu validæ obligationis. Nam ſi quotidianæ & neceſſariæ negotiationes temere ab uno, altero invito, reſcindi poterant, confuſio inde non toleranda in commerciis oriebatur. Ideo, qui contractus omni die erant in uſu, quos maxime ſervari intereſſet Reipubl. hi ſunt ita ſtabiliti, ut ſi partes de illis conſenſiſſe duntaxat conſtabat, obligatio inde & actio ſufficiens naſceretur; partim ob eam utilitatis communis, quam diximus, rationem; partim quod in illis ratio ceſſabat, quæ pactis alioqui nudis vim exactionis negaverat. Nec enim dubitari poterat, quin maxime ſerio conſenſiſſent, qui emerant vendiderantque, locaverant, conduxerant, aut ſocietatem iniverant; quin & in mandato idem receptum, propter ſummam ejus in vita humana utilitatem. In cæteris contractibus beneficis, qui commodo duntaxat unius ineuntur, etſi frequentiſſimis, ratio tamen commercii, quæ in promiſcua utilitate conſiſtit, tam prægnans non erat, ut ſolo ſimplicique conſenſu obligatio ex illis perficeretur; ſed requiſitum eſt, ut ipſe rei præſens interventus, id eſt traditio, expectaretur, cujus naturæ ſunt Mutuum, Commodatum, Depoſitum, iisque additum Pignus, quod etſi partis utriusque commodum ſpectet, per ſe tamen in commerciis uſu non veniebat, ſed aliis contractibus accedebat: quanquam deinde Prætor animadvertens uſum pignoris admodum eſſe frequentem, fecit, ut & ſola ejus conventio produceret actionem, *l. 17. §. 2. ff. de Pact.*

Tit. XXIV.

De Emptione & Venditione.

Definitio Empt. venditionis explicata. Ejus Subſtantialia. Efficacia obligationis ejus. De pretio. De permutatione. De periculo rei venditæ necdum traditæ. De ultimo emptionis ſubſtantiali, quod eſt merx.

(a) EMptio & Venditio eſt Conventio, qua id agitur, ut rei Dominium certo pretio in alium transferatur; hic enim eſt finis hujus contractus, ut aliquid ἐμὸν, hoc eſt, meum faciam. Dicimus, *qua id agitur;* quia non ſemper cum effectu dominium transfertur. Conſtat enim, rem alienam poſſe vendi, *l. 28. de Contrahenda Emptione.* cujus rei tamen dominium nullo modo poteſt transferri: Proinde res aliena vendi poſſe dicitur, quatenus Actio empti inde naſcitur, & venditor, in quantum emptor vult, ad contractum implendum tenetur, non autem ut Domino rei ullo modo præjudicetur. Tulden. *ad tit. C. de act. empt. n. 3.* Si vero partes aliud agant, quam ut dominium transeat, tunc alius eſt contractus, *l. penult. §. ult. D. eod. tit.* Atque ita intelligitur, quomodo venditor dici queat non obligatus ad dandum, ſed ad tradendum, neque cogatur emptorem facere dominum, *l. 25. §. 1. D. h. l. 11. §. 2. de action. empt.* cogitur enim id juris, quod habet ipſe, transferre; proinde ſi dominus eſt, ſane dominium præſtare; ſi dominus non eſt, vacuam duntaxat poſſeſſionem tradere debet, *dd. ll.* Non eſt eadem ratio emptoris, quod ad pretium; hoc enim is omnino venditoris facere compellitur, *d. l. 11.* ſæpe enim fit, ut correlativorum diverſa ſit ratio, quemadmodum heic; venditor obligatus eſt ad ſpeciem, ſive ad rem ſingularem tradendam, quam non poteſt, niſi cum ſua cauſa tradere, at emptor ad pretium, quod in quantitate generali conſiſtit, tenetur; ideo ſi quos dedit nummos, ſint alieni, poteſt alios, qui pretium idem efficiant, ſolvere.

2. (b) Subſtantialia hujus contractus vulgo tria eſſe dicuntur, Conſenſus, Merx & Pretium; niſi malis dicere, ſubſtantiam hujus contractus in conſenſu de merce pretioque conſiſtere. De primo conſtat, quod ſtatim atque conſenſus de re vendenda initus eſt, Emptio venditio perfecta ſit, excepto caſu, qui in hoc principio memoratur: quando convenit inter partes, ut Emptio in ſcriptis celebretur, tunc enim prius non intelligitur perfecta, quam ſcriptura ſit abſoluta, ſi quidem ipſi ſcribant; vel a partibus ſubſcripta, ſi alius ſcripſerit. Si vero publicum ſit inſtrumentum, oportet a tabellione conceptum partibus prælectum & ab ipſis approbatum ſit, *l. 17. de fide Inſtrum.* Eſt & alter caſus, ut videtur, *in l. 35. §. 5. D. de Contrah. Emptione.* Ubi venditio rerum, quæ conſtant pondere, numero & menſura, non videtur eſſe perfecta, cum res fuerint admenſæ, adpenſæ atque adnumeratæ, utique non, quod ad periculum attineat ex caſu fortuito.

3. (c) Porro ubi ſemel hic contractus conſenſu perfectus eſt, non poteſt aliter quam mutuo Conſenſu retractari, ne quidem cum diſpendio arrharum, *l. 5. C. de Obligationibus. & l. 3. C. de Reſcindend. vendit.* Niſi Arrhæ ſint datæ in ſignum Contractus adhuc perficiendi, ut in ea ſpecie, quæ eſt in *princ. h. t.* Ait quidem Imper. *in pr. h. t.* quod arrhæ nomine datur, argumentum eſſe emptionis & venditionis contractæ, ut plurimum quidem; Caſus enim, quando placuit in ſcriptura contrahi, ſpecialis & exceptus eſt: niſi dicamus, eſſe venditionem utique contractam, cum de merce pretioque conventum eſt; licet pœnitentiæ locus ſit, propter conventionem de ſcriptura: tamen hæc non pertinet ad eſſentiam contractus, quia manet adhuc contractus conſenſualis & non ſit ſcripturarius, aut literarum. Cæterum, arrha vel eſt nudum ſignum contractus initi, veluti cum annulus, aut aliud ſymbolum datur; vel ita datur, uti cedat in partem pretii, & tunc eſt pecunia, daturque a ſolo emptore, cum prioris generis arrhæ ab utroque dari ſoleant, *l. 11. §. 6. de act. empt. ſub fin. princ. h.*

4. (d) Igitur non tantum emptor cogitur ſolvere pretium, ſed & venditor ad rem tradendam præciſe tenetur, *l. 11. §. 2. & l. 46. de Action. empt. l. 68. §. 2. D. contrah. empt.* ut eo non facto, *conventionis fidem rumpere dicatur*, *l. 10. C. de*

(a) *Poſ. 1. 2.* (b) *Poſ. 3.* (c) *Poſ. 5. 6.* (d) *Poſ. 25.*

action.

actiion. empt. nec uſquam ſe præſtatione ejus quod intereſt, liberare poſſe dicitur, ſed nullo tempore de contractu jure perfecto recedi poſſe, traditur in *l. 3. C. de reſc. vend.* nec adeo ſe liberare poteſt, inquam, præſtando id quod intereſt, *d. l. 3.* ne quidem ſi duplum pretii offerre velit, *l. 6. C. eod. tit.* quo id quod intereſt, cum eſt maximum, definitur. Reſponſionem Bachovii ad hanc *l. 6.* refellit D. Wiſſenbach. *diſp. 37. th. 2. part. 1. Pandect.* Quod autem ipſe ait, contractum in *d. l. 6.* utrimque fuiſſe perfectum, & conſummatum rei traditione atque pretii ſolutione, vereor, ut magis conſiſtere poſſit; cum non modo nihil ejusmodi e textu colligi queat, ſed contrarium ibi diſerte ſit ſcriptum, in verbis *conſenſu factam venditionem reſcindi nullo jure deſideras:* quæſtio eſt, de venditione conſenſu perfecta, nihil præterea. Vix quidquam a civili ratione videtur alienius, quam contractum venditionis, quo nullus eſt frequentior magisque neceſſariæ obſervationis, ita diſtrahi, ut emptori quidem pretium omnino ſolvendum ſit; venditor autem hunc eludere poſſit, dicendo; *non placet rem tradere, dic tua quid interſit;* quod ſæpe nullum, aut exiguum, vel obſcurum eſt. Nec ſcio, quid in mentem veniat hominibus doctiſſimis, ut ex eo, quod in *l. 1. & l. 11. §. 9. h. t.* & alibi habetur, emptorem, ſi venditor non tradat rem, agere in id quod intereſt, colligant; hoc in venditoris favorem eſſe conſtitutum, cum nihil ſit notius, quam ex omni contractu, qui non impletur, adverſus contumaces in id quod intereſt agi, cum graviores e contractibus actiones nullæ ſunt proditæ. Nihil igitur vetat, emptorem adverſus venditorem agere in id quod intereſt, ſi in mora ſit rem tradendi; maxime, ſi facultas tradendi præterierit, aut emptori non ſit amplius commodum, urgere traditionem; imo nec dubium, quin & urgere traditionem, & agere in id quod intereſt propter moram, poſſit; quod nihilo magis dubium eſt, quam quod commodatarius, ſi in mora ſit rem commodatam reſtituendi, tam in id quod intereſt hac gratia, quam ad reſtituendum teneatur. Putant ſe diſſentientes habere præſidium in *l. 4. C. de Act. empt.* ubi ſtatuitur, ſi *procacia* venditoris res non tradatur, in id quod intereſt agi; unde videatur, ne quidem ſi velit emptor, agi poſſe ad tradendum, ſi quidem per venditoris procaciam ſtare poteſt, ne rem tradat. At ego ſcire velim, quomodo adverſus eum, qui fidem contractus violat, aliter quam in id quod intereſt agi queat; nec enim tormentis ſubjici, aut publice in eum animadverti poteſt. Quando igitur per ipſius procaciam res in eum ſtatum deducta eſt, ut traditio, vel penitus non, vel commode fieri nequeat, tum ad ſuam indemnitatem agere emptorem oportet: ſi tamen res adhuc integra ſit, nihil eſt in illis Legibus, quo emptor ad ipſam traditionem agere prohibeatur; atque etiam quo minus venditor ad tradendum condemnandus ſit, remediisque prætoriis compellatur, aut res manu militari ab illo auferatur: ut juris & moris eſt in omni executione rerum dandarum atque præſtandarum. Si tamen adhuc ſua procacia faciat, ne res haberi queat, cum ad factum nemo præciſe poſſit cogi, utique tandem in præſtationem ejus quod intereſt, deſinere jus actoris oportet. Plus difficultatis in *l. 12. de Action. empt.* eſſe videtur; *Si jactum retis emero, & jactare retem piſcator nolit, incertum ejus rei æſtimandum eſt.* Poteſt quidem & ſolet reſponderi, eſſe illam quaſi-facti venditionem, & in omnibus facti obligationibus liberari poſſe debitorem præſtando id quod intereſt; ſed præter quod medium illud reſpondendi per ſe controverſum, vel potius falſum eſt, ut ad *tit. de V. O.* probavimus, quid tum faciemus ſequentibus verbis, *ſi quod extraxit piſcium, reddere mihi noluit, id æſtimari debet quod extraxit?* jam enim res certa palam extat, nec applicari poteſt, ad factum neminem poſſe cogi; duriſſimum quoque eſt id, quod alii reſpondent, emptorem ſua voluntate in id quod intereſt heic agere; verba enim *reddere noluit, æſtimari debet*, nimis imperioſa ſunt, quam ut arbitraria libertas emptoris inde colligi poſſit. Magis eſt, ut rei venditæ conditionem illic ejusmodi eſſe dicamus, quæ aliam agendi facultatem penitus reſpuat. Quid enim? venditor extractos piſces reddere non vult; quid faciam? numquid eum vi cogam? hoc juris & publicæ diſciplinæ ratio non patitur; Ergo ad judicem eamus; litem conteſtemur & cætera, piſces interim ſi non diſtrahuntur ab venditore, quid aliud quam computreſcent? Res igitur & neceſſitas ſubigit emptorem, ut piſcium æſtimationem accipiat, quando ipſa corpora expectare non poteſt. Prorſus eadem ſpecies eſt in *l. 10. C. de Action. empti.* Cum *venditorem carnis fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuiſſe proponas, ex empto actione eum, quanti intereſt ſua, ſi tunc præſtita fuiſſet, apud præſi-*

Digitized by Google

dem provinciæ convenire potes. Venditor non vult tradere carnes. Quid hoc eſt? nihil aliud *quam rumpere fidem conventionis:* hoccene tantundem eſt, ac liberari præſtando id quod intereſt? Quid agam cum violatore fidei datæ, liteme conteſtabor de carnibus non traditis? Haud alius erit exitus quam in piſcibus; adeoque nihil ſupereſt, quam ut in id quod intereſt agam. Certe leges nihilo ſecus quam ſunt res humanæ, recipiunt interpretationem, idque conſultis Juris agendum eſt ut inſtituatur. Plura vid. apud D. Vinnium *aliosque Interpr.*

5. (e) Præterea conſenſui adverſus eſt error; proinde ſi partes, vel in corpore, vel in materia totaliter erraverint, nulla eſt emptio venditio, ſecus ſi pro parte tantum, *l. 9. §. ult. D. de Contrahend. Empt.* qua de re diximus *ad tit. de inutil. ſtipul.* ubi de ratione differentiæ, cur ſtipulatio per errorem in materia non vitietur, ſecus ac emptio venditio. Exemplum totalis erroris eſt in *l. 41. §. 1. de Contr. empt. Menſam argento coopertam mihi ignoranti pro ſolida vendidiſti imprudens; nulla eſt emptio, pecuniaque eo nomine data condicetur.* Quia ſcilicet auri lamina, quæ menſam tegit, non eſt pars ejus, ab eaque tota ſeparari poteſt. Aliud exemplum in *l. 14. eod.* Coheredes *viriolam, quæ aurea dicebatur, pretio exquiſito uni heredi vendiderunt, eaque inventa eſt magna ex parte ænea. Venditionem eſſe conſtat ideo,* inquit Ulpianus, *quia aliquid auri habet.* Eo quod aurum ibi ſic argento junctum eſt, ut inde non poſſit auferri, unumque cum viriola corpus efficiat; etſi minus aureæ ſubſtantiæ inibi ſit, quam forteau in lamina corpus aliud ambiente. Subtilitas eſſe videtur, ſed quæ ratione palpabili non deſtituitur. Res interim in eventu damni, aut lucri, ferme eodem redit; nec enim dubium eſt, quin heres hoc ultimo caſu actione, vel exceptione, ſuæ indemnitati conſulere poſſit.

6. (f) Secundum ſubſtantiale eſt pretium, ſine quo nulla venditio conſtare poteſt, *in fine pr.* Idque certum eſſe debet, adeoque in arbitrium emptoris inutiliter confertur, *l. 35. §. 1. D. & l. 13. C. h. t.* ſed potius in arbitrium tertii conferri, quo caſu quaſi-conditionalis venditio eſt; Nam ſi tertius ille pretium definiverit, emptio procedit; quod ſi pretium tertius ille iniquum definiverit, modicum eſt ferendum, immodica & fraudulenta inæqualitas corrigi poſſe creditur provocatione, ut multis videtur, ad arbitrium boni viri, *arg. l. 78. & ſeqq. D. pro Socio. Vir bonus eſt quis?* rogat Horat. *1. epiſt. Qui conſulta Patrum, qui leges juraque ſervat.* Nec tantum is, qui judicandi munere fungitur, ſed quilibet integræ vitæ & exiſtimationis, idoneusque & diligens Paterfamil. Nam vir bonus & bonus Paterfamilias apud juris auctores promiſcue accipiuntur, *l. 13. §. ult. de uſufr. l. 20. §. 1. de oper. libert. & l. 13. ann. Leg.* Tamen cum ab iniqua pretii definitione provocari dicitur ad boni viri arbitrium, palam eſt, judicis officium intelligi, quod frequenter boni viri arbitrium appellatur. Judicem viri boni & innocentis officio fungi debere, ait *l. 4. §. 1. Famil. erciſc.* Unde ad judicem, id eſt ad virum bonum, *l. 137. §. cum ita de V. O.* nec aliter arbitratus boni viri intelligitur in *l. 12. l. 17. D. Judic. ſolv. & l. 4. C. de reſtitut. mil.* Cæterum quod de fraudulentia tertii in definitione pretii diximus, non eſt quod mutemus, ſi quidem & transactio dolo inita reſcinditur, *l. 19. C. de transact.* Sed de inæqualitate, quæ eſt infra duplum, non recedimus ab eo, quod *in Poſ. 20.* collocavimus; Arbitrium boni viri, quod in ſocietate receptum eſt, ad venditionem non pertinere, cum quod æqualitas fortius eſt de natura ſocietatis, quam venditionis, tum, quod de venditione ſanctionem habemus ſpecialem, non dari reſciſſionem, niſi læſione dupli perpetrata. Proinde, ſi inæqualitas duplum veri pretii excedat, tum datur remedium, *l. 2. C. de Reſcind. vendit.* quo ſemper emptio venditio reſcindi poteſt, ſi alter contrahentium ultra duplum ſit læſus, vel, quod idem eſt, ultra dimidium, ſive, ſi ſic mavis, alterum tantum; hæc enim æquipollent. De hoc beneficio latius agitur in D. & in C.

7. (g) Equidem pretium neceſſario in pecunia numerata conſiſtere debet, ſaltem quæ numerari poſſit, etſi forte quantitas ejus initio non exprimatur; etenim vendi poteſt res, eo pretio quod in arca eſt, *l. 7. §. 1. D. h. t.* tametſi in materia Legatorum pecunia ſic demonſtrata quosdam corporeæ conſiderationis effectus habet, *l. 30. §. pen. l. 34. §. 4. & l. 51. de Leg. 1.* Quando autem pro re datur res, non pecunia; tum eſt permutatio, ſive contractus do ut des, cujus olim uſus frequens fuit; unde & nomen accepit, ſed nummis repertis rarior facta eſt permutatio, ideoque inter contractus innominatos relata eſt, quia parem cum illis naturam habet; hinc pœniten-

(e) *Poſ. 4.* (f) *Poſ. 19. & ſeqq.* (g) *Poſ. 21. 22. 23.*

nitentiæ locus eſt in illa, quatenus is, qui a ſua parte rem cedit, poteſt revocare quod dedit, antequam alter viciſſim dederit, *l. 3. §. 2. D. de Condictione cauſa data non ſecut.*

8. Quod ſi pro re partim pecunia, partim res alia detur, tum ſi pecunia præpolleat, venditio, ſi res pluris ſit, permutatio dicitur. Si æquipolleant res & pecunia, magis eſt, ut emptionem dicamus, quia hic contractus frequentior eſt, & proinde facilius præſumitur. Datur autem ex permutatione, quemadmodum ex cæteris contractibus innominatis, *Actio præſcriptis verbis*, ut loquitur *tit. ff. de Præſcr. verb.* Cæterum diſputatio, quæ fuit olim inter Sabinianos & Proculejanos, an emptio venditio ſic fieri poſſet, uti res pro re detur, jucundior eſt hodie quam utilis, vide apud Salmaſ. *de Uſur. lib. 1.* cujus ſententiam neque ſcitam, neque juſtam putat D. Wiſſenbach. *diſp. ad Inſt. 35. th. 14.* magis tamen probatur D. Vinnio *ad hunc locum*, cujus videantur rationes. Diximus præterea, permutationem habere nomen, & tamen eſſe contractum innominatum, eo ſenſu quem collocavimus. Alii reſpondent, non eſſe proprium permutationis nomen, cum aliis etiam contractibus conveniat, ut locationi, dotis dationi, diviſioni, *l. 20. §. 3. D. Famil. erciſc. & l. 77. §. 18. de Leg. 2.* etiam de emptione venditione quando uſurpatur, ut apud Plin. *Nat. Hiſt. c. 55. Permutare quidem pretio volunt*, ait, *aliaque merce.* D. Wiſſenb. *d. diſp. 35. th. 16.* Verum ſi exinde, quod vocabulum aliquando obiter in diverſo ſenſu accipitur, colligere vellemus, non habere illum contractum nomen proprium, tum pauci forent contractus nominati, quibus nomen ſuum manere poſſet certum; non ſane pignori, cujus quidem ſpecies ſunt decem & ultra, quæ non ſint contractus: neque ſocietati, quando & rei communio, quæ ſocietati opponitur, tamen ſocietas dicitur, *§. 3. infra de quaſi-contract.* Nec proinde permutationem vetat quicquam inter contractus innominatos recenſeri; nec adeo vix eſt, ut diſcrepet a contractu, quem vocant Do ut des, licet ab aliis diſtinguantur, qua de re videamus *ad tit. ff. de Permut.*

9. (h) Emptor antea non ſit Dominus rei venditæ quam traditione ſecuta; tametſi enim in venditione id agatur, ut dominium tranſeat in emptorem, id tamen non fit immediate, ſed demum poſt traditionem fidemque de pretio habitam, ut habuimus *ſupra de Rerum acquir. dom. th. 53.* tamen ſi ante traditionem per caſum fortuitum res intereat, damnum eſt emptoris, *§. 3. h. l. 8. D. de periculo & commodo rei vend.* non obſtante, quod periculum cujusque rei pertinet ad Dominum, *l. 9. C. de pignor. Actione.* atque venditor ante traditionem adhuc ſit Dominus, *d. §. 3. in f.* Nam hæc regula ceſſat, quando idem eſt debitor ejusdem rei, quemadmodum hic venditor eſt quidem dominus, at ſimul debitor rei venditæ; præter quod cauſa dominii jam exiſtit & perpetrata eſt. Quamvis autem de caſu fortuito venditor non teneatur, tamen de Culpa levi tenetur, ſecundum regulam *l. 5. §. 2. Commodati.* præterquam in vino ad certas menſuras vendito, neque dum admenſo, ſed deguſtato: Nam hoc caſu leviſſima culpa præſtatur ob rationem ſpecialem, & ſic cape *l. 3. de pericul. & comm. rei vend.* Ratio illa ſpecialis eſt, quod venditio quantitatum non intelligitur eſſe perfecta; niſi poſt admenſionem, appenſionem, vel adnumerationem, uti modo ex *l. 35. §. 5. D. h. t.* obſervatum; ſed vino deguſtato licet non admenſo, periculum qualitatis, ut acoris atque mucoris, ſtatim eſt emptoris, *l. 1. pr. de peric. & comm. rei vend. l. 4. §. 1. eod.* Jam quia emptor fert aliquod periculum ante venditionem plane perfectam, placuit venditorem quoque plus culpæ præſtare: niſi forte dicendum ſit, ut vult D. Vinnius *n. 10.* nec non *4. & 5.* in venditione rerum, quæ admetiendæ ſunt, generaliter leviſſimam culpam præſtari. Cæterum vino per averſionem vendito, hoc eſt integris doliis, periculum ſtatim eſt emptoris. Plane, quin per conventionem venditor & ad culpam omnem & ad periculum obligari poſſit, nihil eſt dubitandum, per *l. 23. de R. J. hoc §. 3.* verb. *ſi ſuſceperit.* Sunt & alii caſus excepti, quibus periculum ad emptorem non pertinet, quos enumerat D. Voetius *Comment. ad hunc tit. §. 3. n. 2.* Idemque *n. 3.* ſcribit, in Friſia, teſte Wiſſenbachio, judicatum eſſe, periculum rei venditæ ante traditionem venditori, non emptori incumbere: Sane Wiſſenbachius noſter ita tradit ſibi eſſe commemoratum, *parte 1. ad Pand. diſp. 35. th. ult.* Quicquid autem de illius narrationis auctoritate ſit, ego praxin in foro Friſico nihil hac parte ab jure civili diſcrepare certus ſum; nec hæſitare vidi peritiſſimos veteresque Advocatos, convenientia Juri noſtro reſpondere de ejusmodi caſibus conſultos.

(h) *Poſ. 15. 16. 17. 18.*

Digitized by Google

10. Placet addere reſponſiones ad tres leges objectas in gratiam juniorum, σχολαςικῶς. Paulus in *l. 12. de peric. & comm. rei vend.* *Lectos emptos ædilis, cum in via publica poſiti eſſent, conciderit: ſi traditi eſſent emptori, aut per eum ſtetiſſet, quo minus traderentur, emptoris periculum eſſe placet.* Periculum non aliter emptoris eſt, quam poſt traditionem aut moram. Reſp. Venditor hic fuit in culpa, lectis non melius cuſtoditis, ut in via publica eos relinqueret; nam periculum etiam culpæ reſpectu dicitur, *arg. Rubr. ff. de Adminiſtr. & peric. tut.* Inſto. Idem juris eſt, *etſi Ædilis non jure Lectos conciderit. l. ſeqq.* Reſp. Tamen male cuſtoditi ſunt, quos ædilis imperioſior putavit concidendos, quibus ſalvo commodo publico parcere potuit: Non fuere tamen res venditæ in via publica relinquendæ hominumque injuriis exponendæ. II. Oppon. *l. 14. §. 1. eod.* Materia empta *ſi furto periſſet, poſtquam tradita eſſet, emptoris eſſe periculo reſpondit.* Reſp. Furtum arguit culpam ejus, a quo res cuſtodienda fuit, *arg. §. unde conſtat. 13. & ſeqq. Inſt. de oblig. ex del.* III. Opp. *l. 33. Locati.* Si fundus, *quem mihi locaveris, publicatus ſit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat; quamvis per te non ſtet, quo minus id præſtes....... nam & ſi vendideris mihi fundum, iſque priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto, ut pretium reſtituas, non ſi quid pluris mea interſit.* Reſp. Non eſt hic caſus mere fortuitus, Θεῦ βία. ſed publicatio præſumi debet ob delictum venditoris eſſe facta, vel ſaltem ejus reſpectu odioque, dum adhuc poſſidet, quo ſcilicet ipſe, non alius gravari debet. Inſto per hæc verba; *Quamvis per te non ſtet;* tunc autem ſtaret per venditorem. Reſp. Non ſtaret reſpectu emptoris & poſt venditionem. Delictum præcedens, ſi tale fuerit, non eſt violatio fidei in hoc contractu. Hæc hactenus; quo modo ſi in omnibus controverſiis procederem, nimis longi fierent logi, etſi forte perſpicuitati conſuleretur. Cæterum, ſicuti damnum ſpectat ad emptorem, ita quoque lucrum pertinet ad eundem, veluti ſi res aucta ſit, vel fructus ex re provenerit, *d. §. 3. l. 7. de peric. & comm. rei vend.* Ubi redditur & ratio petita ex eo, quod ſecundum naturam eſt, uti commodum cujusque rei ſequatur eum, quem ſequuntur incommoda, *l. 10. de R. J.* Ideoque licet emptor non ſit dominus, effectu tamen dominii ipſe, non venditor gaudet; hic enim illi cedere cogitur actiones, quas tanquam dominus habet, rei vindicationem, aut condictionem furtivam, *hoc §. 3. in fine.* niſi fuerit emptor hereditatis, qui ſine ſpeciali ceſſione has habet actiones, quia eſt emptor univerſitatis, *l. 16. de Pact.* Denique & Eccleſiæ datur ex ſpeciali jure, priusquam tradita ſit res empta, rei vindicatio, *l. ut inter. §. fin. C. de SS. Eccl.* v. Bronchorſt. *cent. 2. miſcell. 38.* Poſſe quoque venditionem ſua conditione contrahi, dubium non eſt, modo ne bonis moribus aut naturæ contractus repugnet, *l. 27. §. 3. & 4. de Pact.* & quidem antequam exiſtat conditio, periculum eſt Venditoris, quippe contractu nondum perfecto; ſed poſt conditionem periculum eſt emptoris jure communi; quod ſi in diem venditio contracta ſit, pendula dies nihil mutat in ſubſtantia obligationis, proinde nec in ferendo periculo, *arg. §. 2. ſupra de Verb. oblig.*

Pars II. de merce habet hanc regulam. Quæ haberi, vel poſſideri queunt, ea vendi poſſunt, *l. 34. §. 1. de contrah. empt.*

Non poſſunt quæ commercio exemptæ, ut res ſacræ, religioſæ, publicæ, *§. ult. h.* liberi homines, *d. l. 34. §. 1. & 2.* neque res extinctæ, (*) ut equus mortuus, domus exuſta, *l. 15. pr. §. 1.* niſi pro parte uſta fuerit, *l. 57. in pr. de contrah. empt.*

SCHOLIUM.

(*) *Quas ſcilicet ignoramus extinctas, arg.* d. l. 15. §. 1. Inſtit. de inut. ſtipul. vide ſupra notata ad n. 47. tit. de Legatis. *Unde equus mortuus ſi ut talis venditus fuerit, emptio erit, idem ſi area domus exuſtæ.*

Nec ædes ut deſtruantur, ſub pœna dupli, *l. 52. d. tit.* non venena, niſi medice temperentur, *l. 35. §. 2.* nec denique res alienari prohibitæ, *l. ult. C. de reb. alien.*

Harum rerum venditio nulla eſt, *dd. ll.* ſed qui res tales ignorantia vendidit, in id quod intereſt tenetur, *§. ult. h. l. 62. §. 1. de contrah. empt.* & hoc ſenſu ejusmodi rerum venditio valere dicitur in *l. 4. & l. 70. de contrah. empt.*

At res, quæ non exiſtunt, futuræ tamen ſperantur, ut fructus, & partus futuri, vel captus piſcium, avium, aut miſſilium, recte venduntur; nam & ſpei emptio eſt, *l. 8. eod. tit.* adde Wiſſeub. *ad ff. de contrah. empt. th. 3. & de act. empt. th. 4.*

Jura quoque incorporalia, ut hereditates, actiones, *tit. ff. de hered. act. vend.* item reditus annui, recte venduntur, *Nov. 72. cap. pen.*

etiam

etiam iis in locis, ubi uſura prohibita eſt; nec enim is, qui emit, uſuram percepit. Nam uſura ſupponit, ſortem perinde ac fœtus peti poſſe, quod heic ſecus eſt, cum nihil quam reditus quotannis peti queat. Molin. *tract. de uſur. p. 12.* Wiſſenb. *d. l. th. 5.*

Res quoque alienæ, ſicut dictum, vendi poſſunt, *l. 28. d. t.* hactenus; ut venditor rem tradere cogatur & de evictione cavere, non ut emptor rem, quam probare poteſt alienam eſſe, accipere cogatur, niſi præſtet venditor, ut ei rem habere liceat. Tulden. *ad tit. C. de act. empt. n. 3.*

De re furtiva ſic eſt; ſi uterque ſcit furtivam eſſe,nihil agitur; ſi emptor ſolus ſciverit & res tradita ſit, ipſe ad pretium tenetur, nec habet actionem ullo caſu contra venditorem. Si venditor ſolus ſciat, ipſe tenetur in id quod intereſt, emptor ad pretium, quatenus rem habere vult, haut aliter, *d. l. 34. §. 3.* junct. *§. f. h.*

Res debet tradi cum fructibus & omni cauſa, *l. 13. §. 10. 13. 18. & ult. de action. empt.* fundum ſequitur quicquid terra ſe tenet, nihil amplius, non ruta & cæſa (α) *l. 17. in pr. & §. 6.* excepto ſterquilinio, quod agri nutriendi, non cauſa vendendi habetur, *d. l. §. 2.*

SCHOLIUM.

(α) *An dolia & torcularia, an piſces qui ſunt in piſcina, quæ eſt in fundo?* vid. *Wiſſenbach.* de A. E. & V. th. 1

Ædes venditas (β) ſequuntur, quæ perpetui uſus cauſa in illis ſunt, licet non adfixa, ut ſeræ penſiles, claves, clauſtra, opercula puteorum, perſonæ, ex quarum roſtris aqua fluit, quæque detracta ſunt ædibus, ut reponantur, non quæ parata ſunt ut imponantur, *d. l. 17. in pr. §. 7. 8. & ſeqq.*

SCHOLIUM.

(β) *Vinum, Tabernam, Horreum, Arcem venditas quid ſequatur*, vide Wiſſenb. d. th. 1. item th. 5. 6. 7.

Atque hæc & ſimilia deberi videntur emptori, licet dictum ſit, ædes vendi cum iis, quæ terra, parietibus & clavis tenentur,ut vulgo fit; non tamen laminæ focales, aut lecti, vel ſcalæ, ſi mobiles nec fixæ ſint, niſi ſi quo aliter adſcendi nequeat, *arg. l. 17. §. 7.*

Agro ad certa jugera vendito pretioque in ſingula conſtituto, ſi plus minusve reperiatur, ſumma pretii augetur vel minuitur, ſecus, ſi ad ſpeciem vendatur, *l. 40. §. 2. de contrah. empt.* formulæ verborum caute examinandæ: bene ſi addatur, *pro menſura nummi*, aut *quantus quantus ſit*, ut fere noſtrates. Pactum de tempore metiendi ſervandum eſt, ſed & ibi verba varie ſe habent, *d. l. 40. in pr.* vide auctores apud Wiſſenb. *ad d. tit. de contrah. empt. th. 6.*

Si de re vendita mentitus eſt, ut rem pluris venderet, tenetur venditor, *l. 13. §. 4. de act. empt.* item, ſi quid ex oneribus rei aliter profeſſus ſit in tabula publica, quam in ea re eſt, ſciens, tenetur in id quod intereſt; tametſi in conditionibus apud venditionem aliter poſuerit, nec id ab emptore animadverſum ſit, *l. 13. §. 6. de act. empt.* Sand. 3. 4. 6. Mutuus dolus compenſatur, *l. 57. §. f. de contrah. empt.*

Tenetur venditor ad tradendum; unde ſi dominus eſt venditor, etiam emptor fit dominus, ſin, evictionis cauſa tenetur, *l. 11. §. 2. d. tit.*

SCHOLIUM.

Non præciſe ad dandum: ſed emptor ad dandum obligatur. Wiſſenb. de contrah. empt. th. 4.

Vacuam quoque poſſeſſionem (*) tradere debet venditor, hoc eſt, quam alius nemo civiliter, aut naturaliter poſſideat, *l. 2. §. 1. & l. 3. pr. de act. empt.* & ad cautionem, quoties periculum evictionis imminet, tenetur, *l. 24. C. de Evict.* Sand. *d. tit. 4. def. 9.*

SCHOLIUM.

(*) *Sub ſtipulatione vacuæ poſſeſſionis an veniant fructus, alia quæſtio eſt, quam vide ap. Wiſſenb.* de A. E. th. 8. *cui junge Strauch.* d. l. & notas ibid.

Qui rem vitioſam vendidit, tenetur in omne id quod intereſt; ſi ignorans, tantum in id, quanti res minoris fuerit, *l. 13. in pr. de act. empt.*

At in *l. 19. §. 1. Locati.* indiſtincte in id quod intereſt convenitur: forte ita, ſi damnum immediate ex eo vitio inferri debuit, ut ſi vinum in vaſe pertuſo ſit venditum. ſecus in vitio, quod damnum, interveniente facto emptoris, adferat, ut in pecore morboſo, in tigno vitioſo. vid. Wiſſenb. *ad ff. d. locati. th. 23.*

Actio venditi datur poſt traditionem; prius agenti obſtat exceptio rei venditæ non traditæ, *l. 25. d. t.* poteſt tamen ante traditionem agere venditor in hoc, ut emptor rem venditam tollat, *l. 1. §. 3. de peric. & comm.*

SCHOLIUM.

Imo etiam ſi modo offerat traditionem; emptor

enim regulariter ſolvendo pretium, initium facere debet, vid. not. ad Strauch. d. l.

Venit in hanc actionem maxime pretium, & uſura poſt tempus rei traditæ, cum ſumptibus, & eo quod intereſt, *l. 13. §. 19. & ſeqq. h. t.* & quicquid inter partes inſuper convenit, *§. 23. & ſeqq. d. l.*

Denique, ſi in locatis ager aut domus fuerit, penſiones venditori, qui locaverat, cedent, ad tempus uſque traditionis ſcilicet, *d. l. 13. §. 11. & 13. in med.* Wiſſenb. *de A. E. th. 10.*

Tit. XXV.

De Locatione & Conductione.

De Locatione & Cond. item convenientia & diſcrepantia reſpectu emptionis vendit. Species Locationi affines. Emphyteuſis definita. Differentia ejus a Locatione. Modi, quibus finitur. Alia ſpecies dubia. Actio utrimque. Modi, quibus finitur Locatio.

(a) LOCATIO CONDUCTIO, eſt conventio de re aliqua fruenda vel facienda, pro certa mercede. Dicitur a *Loco*, unde *Locarium*, merces ſtabuli aut tabernæ, ut ſolarium, quod pro uſu ſoli penditur, nomine contractus ab uſu rerum immobilium, quæ ſpecies præcipua eſt, petito. Verba *fruendi vel faciendi*, ſignificant, locationem eſſe vel rerum, vel factorum. In conductione rerum, Locator eſt, qui rem utendam dat, conductor, qui accipit. In locatione operarum idem diverſo reſpectu eſt locator atque conductor; nam qui locator eſt operis, idem conducit opus, & contra, *l. 19. §. 7. & l. 25. §. pen. & paſſ. h. t.* Verbis, *pro certa mercede.* diſtinguitur hic contractus a commodato, precario, mandato, quæ pecuniam penitus reſpuunt; etiam a contractibus innominatis, in quibus etſi pecunia promittitur, nulla tamen certa mercedis conſtitutio fieri ſolet aut poteſt ſalva contractus Natura, *§. 1. h.* Natura hujus contractus, & omne argumentum tituli, intelligitur ex convenientia & diſconvenientia ejus cum emptione venditione, cui locatio conductio proxima eſt, iisdemque juris regulis conſiſtit, *pr. h. l. 1. & 2. h.* Regulæ iſtæ vel circa conventionem verſantur, vel circa rem, vel circa pretium. Quæ ad ipſam conventionem ſpectant, hæ ſunt: I. Uterque contractus eſt Juris Gentium & bonæ fidei, *l. 5. de Juſt. & Jur. §. 28. I. de Action.* ubi plenius de qualitate bonæ fidei dicetur. II. Regula: locatio, ſicut emptio, perficitur ſolo conſenſu, *h. pr.* niſi convenerit ut in ſcriptura fieret, per *l. 17. C. de fid. inſtrum.* qua de re ad tit. *Præced.* ut intelligas, idem juris analogice in hoc caſu eſſe in locatione conductione, quod eſſe diximus in emptione venditione. III. Regula; obſcuritas conventionis nocet in dubio, tam venditori, quam Locatori.

(a) *Poſ. 1.*

SCHOLIUM.

Sed hac regula multas limitationes admittit, & valet tantum in eo caſu, ſi creditor & locator conditiones adjecerint contractui. Quod ſi igitur emptor & conductor conditiones adjecerint, contra eos interpretari ſolemus d. l. 39. *junct.* l. 33. & 34. de contrah. empt. *Alia exceptio eſt in* l. 13. Qui potiores in pignore.

RESPONSIO.

Regula nititur hac præſumptione; quod venditor & locator utrique legem dicere ſoleant. Quare ſi legem hoc modo reformare vis; obſcuritas conventionis utrobique nocet ei, qui legem dixit, nihil refragor.

2. Sequuntur regulæ, quæ ad Rem venditam aut locatam pertinent, quarum prima generalis eſt, dictans; Quæ res poſſunt vendi, easdem accipere locationem conductionem, ut ex inductione ſpecierum utriusque tractatus conſtat. II. eſt; Res proprias neminem, ſicut emere, ita nec conducere poſſe, *arg. l. 1. §. 10. de O. & A.* Adeo ut ſi quis rem alienam tibi locaverit, eaque deinceps tibi donata vel legata ſit, exinde nulla ſit locatio conductio, tametſi temporis præteriti penſio debeatur, *l. 9. §. ult. h. t.* Quid ſi convenerit, ut emptor rem certa mercede conductam habeat, donec omnis pecunia perſolvatur, an eo caſu dominus traditione factus ex cauſa venditionis non eſt idem conductor, ut in ſpecie *l. 21. cod.?* Non videtur, quia tum fides de pretio non eſt habita, quæ res argumento eſt, dominium non eſſe translatum, *§. 41. de R. D.* III. Regula; Quæ acceſſiones ſequuntur emptorem,

Digitized by Google

rem, eædem locatione conductione comprehendi intelliguntur, qua de re *tit. Præced.* actum, & agetur *ad ff. tit. de Action. empt.* In ſumma, quicquid rei affixum, atque ad uſum ejus perpetuum comparatum eſt, conductori præſtandum eſt.

3. Superſunt regulæ circa pretium. I. Sicut in venditione pretium conſiſtere debet in pecunia numerata, ſic etiam merces locationis in pecunia conſtitui debet, *l. 5. §. 2. Præſcr. verb. l. 1. §. 9. Depoſ. & l. 23. Comm. Divid.* II. Sicut pretium in venditione, ſic merces in hoc contractu, conferri poteſt in arbitrium tertii, cum eodem effectu, quo ſupra de venditione diximus, *§. 1. h. t.* III. Merces hic etiam certa eſſe debet, quemadmodum de pretio rerum venditarum ſimiliter antea dictum eſt, *d. §. 1. verſ. qua de cauſa.*

4. Cæterum, ſi quis rem, aut factum, alteri locaverit, nulla mercede expreſſa, tum non eſt locatio Conductio, ſed contractus innominatus Do ut facias, vel Facio ut des, ideoque præſcriptis verbis agitur, *§. 1. h.* quæ eſt ordinaria ex omni innominato contractu actio; præſcriptione verborum rem geſtam demonſtrans, & ex æquitate concluſionem ſuggerens, cum nullæ de ejusmodi negotiis actionum formulæ olim eſſent præſcriptæ, *l. 1. & toto tit. D. de præſc. verb. l. 6. C. de Transact.* Idem eſt, quando uſus rei unius datur pro uſu alterius rei, ut cum agricolæ alternis vicibus ſibi invicem concedunt uſum jumentorum, *§. 2. h. tit.* quam eſſe ſpeciem innominati contractus dubium non eſt, *d. §. 2. in fin.* etſi ad nullam iſtarum quatuor ſpecierum, quæ vulgo enumerantur, Do ut des, Do ut facias, Facio ut des, Facio ut facias, referri queat; niſi verbum faciendi latius extendere velis, ut ita ad ſpeciem, quæ Facio ut facias dicitur, referatur; quanquam ſane faciendi obligationes proprie ſunt ejusmodi præſtationes, quæ in factum extreme deſinunt, non quæ ad uſum rei tendunt, ut hæc ſpecies. Tabulam pingere, inſulam ædificare, Romam ire, & ſimilia ſunt mera facta, non traditiones, aliæque rerum præſtationes; tametſi & hæ facti aliquid contineant neque non facta ſæpe dicantur.

5. Affinitas utriusque contractus inſuper duobus exemplis dubiis enarratur. Prius & facilius eſt *in §. 4. h.* convenisti cum fabro de poculo faciendo, quæritur, emptio venditio ſit, an locatio conductio; ſi ex tuo argento fecerit, eſt locatio, ſi de ſuo eſt venditio. Prior caſus ex utroque contractu mixtus eſt, ſed a potiori fit denominatio, *l. 2. §. 1. h. tit.* Altera ſpecies, quæ dubii generis fuit olim, inter emptionem atque locationem, fuit Emphyteuſis, quæ definitur, Contractus conſenſualis, quo dominus fundi ſui fructum & jus dominio proximum concedit alteri, hac lege, ut fundum faciat meliorem, & quamdiu vectigal, ſive penſionem præſtat, eum fundum retineat, *§. 3. h. t.* Quandoquidem conſenſualis hic contractus eſt, utpote e duobus conſenſualibus mixtus, ſequitur, ſcripturam ad ejus eſſentiam non requiri, quamvis ob pacta ſpecialia, quibus potiſſimum emphyteuſis a venditione atque locatione diſtinguitur, plerumque ſcriptura interveniat: unde verba in *l. 1. C. de jur. emphyt. interveniente ſcriptura.* forte in Eccleſiaſtica Emphyteuſi ſcriptura vix unquam omittatur, *l. 14. §. ult. Auth. hoc jus. C. de SS. Eccleſ. N. 7. c. 1. N. 120. c. 6. & 7.* Res loquitur, genus hoc contractus alibi quoque gentium non fuiſſe incognitum, ideoque magis eſt, ut origine juris gentium ſit. Quod enim Zeno Imperator in *hoc §.* propriam emphyteuſi naturam ſtatuiſſe dicitur, id ſane habet hunc ſenſum, quod cum antea dubitaretur, utrum emphyteuſis eſſet emptio venditio, an Locatio Conductio, Zenó ſtatuerit, hunc eſſe contractum a duobus reliquis diſtinctum. Plane quæ a Zenone ſunt addita *l. 1. C. de emphyt.* tantum ad formam pertinent, non ad originem emphyteuſeos, vid. Wiſſenbach. *P. 1. diſp. 18. th. 30.* Jus dominio proximum efficit, uti multo plus juris habeat emphyteuta quam uſufructuarius, tametſi in eo conveniat, quod utrique datur utilis in rem actio, *l. 1. D. ſi ager vectig. pet.* uſufructuarius fundi faciem mutare non poteſt, veluti ex arvo cereali facere vineam, ex ſylva novalia, *l. 13. §. 4. l. 44. & l. 61. D. de uſufr.* ſed emphyteutam hoc facere poſſe, nulla ratio dubitandi eſt, Giphan. *ad l. 1. C. de jur. emphyt.* Dictum eſt in definitione, fructum & jus dominio proximum *fundi* hoc contractu transferri. Nam utique res mobiles ad uſum hujus negotii ſunt ineptæ, quin & urbana prædia, ut ipſa vox *παρὰ τὸ ἐμφυτεύειν* & *rubr. Pand. Si ager vectigalis petatur*; & ſcopus meliorationis indicat, Perez. ad *tit. C. de jur. emphyt. n. 2.* Sequitur in definitione, *ut fundum faciat meliorem:* etenim hac gratia domini jus quaſi-dominii ſuorum fundorum pro vectigali modico transferunt, ut colendo curandoque meliores atque fertiliores fiant: unde quia

hoc perpetuum eſt, ipſum jus emphyteuticum nomine meliorationum aliquando venit, *l. 3. in pr. d. t. C.* Verba ultima volunt, emphyteuſin ſua natura jus tribuere perpetuum, quamdiu ſcil. vectigal ſive penſio ſolvitur, ut *hoc §. 3. & l. 1. d. t. ſi ager vectigal.* declaratur; adjectio temporis, contra naturam hujus contractus eſſe videtur, *l. 1. C. de off. com. ſacr. palat. l. 1. & 3. de Locat. præd. civit. & l. 11.* Sandius *lib. 3. deciſ. tit. 6. defin. 10. verſ. quia a Saxone.* Eſt tamen ita, quod & tempus adjici poteſt non modicum, *l. ult. ſi ag. vectig.* quo caſu aliis pactionibus, quæ conductionis modum ſuperant, a locatione diſtinguendus eſt. In dubio alioqui locatio potius præſumitur quam emphyteuſis, quia locatio conductio longe quam emphyteuſis frequentior eſt.

6. Igitur, quid differat emphyteuſis a Locatione Conductione, ſatis ex definitione conſtat. Etenim *Emphyteuſis*, inquam, eſt de rebus immobilibus, & quidem de fundis, *Locatio* de rebus quibusvis, etiam de operis, a quibus emphyteuſis eſt alieniſſima. *Emphyteuſis* tribuit jus Dominio proximum, *l. 3. C. de jur. emphyt. Locatio* nihil quam uſum rei. Conductor non tenetur de caſu fortuito, *§. pen. h. t.* ſed Emphyteuta fert omne damnum particulare, *l. 1. C. de Jure Emphyteut.* Hinc ob inſignem ſterilitatem, propter quam Colonus impetrat remiſſionem mercedis, *l. 15. §. 4. D. Locati.* Emphyteuta nihil impetrat remiſſionis, *d. l. 1. C. de jur. emphyt.*

7. Differunt quoque in modis finiendi; nam Emphyteuſis finitur, ſi Emphyteuta jus ſuum, ignaro domino, in alium tranſtulerit, titulo venditionis: nam donatio aut alii tituli non prohibentur, *l. ult. C. eod. tit. l. 71. §. pen. & ult. de Leg. 1.* Neque enim iſtis titulis conveniunt ea, quæ in *d. l. ult.* junguntur prohibitæ venditioni; ſcilicet, quod domino pro conſenſu debetur quinquageſima pars pretii, vulgo laudemium (origine vocis latiniſſima, ab auctore laudando, flexione duntaxat ſemibarbara) ut & προτίμησις ſive Retractus, quo dominus intra duos menſes, eodem oblato pretio, extraneis emptoribus præferri poteſt. Cæterum, conductor alium ſubſtituere poteſt, ſi intereſt Domini, *l. 6. C. h. t.* Secundo finitur, ſi Emphyteuta non præſtiterit apochas publicarum functionum, hoc eſt, ſi non ſolverit tributa fundo impoſita, *l. 2. C. de jur. emphyt.* Denique, ſi emphyteuta non ſolverit penſionem intra triennium, vel ſi eccleſiaſtica ſit Emphyteuſis, intra biennium, *l. 2. C. de jur. emphyt. auth. Qui rem. C. de SS. Eccleſ.* qui modus convenit etiam ex parte, ut mox dicetur, locationi.

8. Satis longa fuit digreſſio: Redeamus ad locationem conductionem, cujus convenientiam cum emptione venditione habuimus. Videamus & diſcrepantias.

9. Prima, locatio tam eſt factorum quam rerum, venditio factorum non eſt, jactus retis quidem venditur, ſed hæc magis eſt ſpei, ſive rei incertæ, quam facti venditio, in *l. 12. D. action. emp.*

II. Emptor & venditor ſemper eodem modo ſe habent, ut Emptor rem habere, venditor ea carere pretiumque habere velit. Etiam in locatione rerum ita. Nam conductor eſt, qui rem accipit fruendam & dat mercedem. Locator, qui dat rem fruendam & mercedem accipit. In factis uterque locator & conductor eſt. v. c. Poculum loco faciendum, hortum putandum; Fabri, hortulani operam conduco. Faber, hortulanus operam locat ſuam, Poculum, hortum conducit.

SCHOLIUM.

Communis opinio eſt, locatorem operæ eſſe conductorem operis, & conductorem operæ eſſe locatorem operis, per l. 19. §. 7. & l. 25. §. pen. & paſſim h. t. *Sed locatio & conductio operis eſt impropria, tum quia locator non accipit mercedem, tum quia conductor rem non accipit ad uſum ſuum. Unde nec actio locati locatori, nec conducti conductori, ſed illi actio conducti tanquam conductori operarum, huic locati tanquam operarum locatori competit.*

RESPONSIO.

Eſt quæſtio de verbo. Non opus eſt, ut locator facti accipiat mercedem, quo Locator ſit, nec ut conductor re fruatur, hæc petunt principium. Actionem locati non dari ei, qui hortum locavit elaborandum, nec conducti hortulano, gratis dicitur: Nihil obſtat quo minus detur.

N. ADDIT.

Ita eſt, eſt quæſtio de verbo, in quibus ſimus faciles. Quoad rem ipſam locator in genere ſimilis eſt venditori, conductor emptori. Hoc intuitu locator concedit uſum, vel rei, vel operæ, conductor dat mercedem. Et hic ſignificatus eſt haud dubie proprius. Ergo is, qui huic eſt oppoſitus, haud dubie erit improprius. Si nihil obſtat; quo minus detur actio conducti hortulano, locati domino,

qui

Digitized by Google

qui conduxit operas hortulani, fiet confuſio actionum non ſolum diſtinctarum, ſed & oppoſitarum, ac idem hoc eſſet ac ſi diceremus, actionem venditi competere emptori, empti venditori. Ita idem haberet adverſus eundem intuitu ejuſdem negotii actionem & locati & conducti.

III. Differentia. In venditione id agi intelleximus, ut dominium transferatur, Locatio conductio *dominium transferre non ſolet*, *l. 39. Locati.* Quæ verba non carent emphaſi; quatenus dantur caſus quidam anomali locationis conductionis, in quibus ipſo actu Dominium transfertur: veluti, quando argenti pondo certum damus fabro, ut tantundem in vaſis factis reſtituat, aut cum frumenta plurium, quæ transvehenda locantur in una nave, confunduntur, vid. *l. 22. §. 2. l. 31. d. tit.* Faber conducit domum faciendam, ut ipſe materiam præſtet; Coquus epulum conducit præbendum, ut ipſe edulia quoque præſtet; Locationes eſſe videntur, quibus dominium tranſeat. Hinc IV. differentia; In locatione conductor non fert periculum rei de caſu fortuito, ut emptor, ſed tantum de culpa tenetur, *l. pen. h.* V. Differentia; Pretium emptionis nunquam niſi in pecunia numerata conſiſtere poteſt; merces conductionis poteſt etiam conſtitui in certa quantitate fructuum, qui ex fundo locato proveniunt, *l. 8. & l. 21. C. Locati.* quanquam & hæc ſpecies ad ſocietatem, vel ad Contractum innominatum accedit, *l. 25. §. 6. D. eod. & l. 8. C. de pact.* ubi *partiarii* coloni.

SCHOLIUM.

Partiarius colonus cum colono d. l. 21. *non debet confundi. Nam Partiarius colonus non præſtat certam quantitatem fructuum, ſed incertam, v. g. quartam partem &c.*

RESPONSIO.

Non confunduntur a nobis partiarius & qui pro definita quantitate fructuum conduxit; ſed utroſque opponimus eis, qui pecuniariam dant mercedem.

N. ADDIT.

Ita bene eſt. Quod tamen ſenſum hunc ex verbis Autoris non potuerim exſculpere, alii videant, an meo vitio id ſit factum, & an verba: quanquam & hæc ſpecies &c. *alium ſuadeant ſenſum, quam quem ego ſuppoſui in Scholio.*

Denique, in locatione non habent locum, ut in venditione, cautiones de Evictione, aut Ædilitii Edicti, quod eſt de vitiis rerum, de quibus in Pandectis agendum, *l. 1. & t. t. de Ædil. Ed.*

(g) *Pof. 35.*

10. Naſcitur ex hoc contractu Actio conducti & Locati, *pr. h. t.* Conducti Actio datur conductori, ad petendum uſum rei locatæ, & ſi quid ſua interſit, *l. 7. 8. 9. h. t.* tametſi fortaſſe per ipſum locatorem non ſteterit, quo minus re conducta uteretur, ſed per aliquem tertium, *l. 33. D. locati.* ſane, ſi rem ita non reficiat, ut quis commode ea re poſſit uti, aut aliud quid non præſtetur, quod lege conductionis aliter convenit, agi poteſt, *l. 15. §. eod. tit.* ut tamen remiſſio mercedis ob quodlibet transverſarium peti non poſſit, *l. 27. in pr. h. tit.* denique impenſas utiles, aut neceſſarias, in rem factas conductor repetet, niſi ex lege conductionis ad eas fuerit obligatus, *l. 55. §. 1. h. t.*

11. Locati actio datur locatori, ad repetendum, rem locatam atque mercedem, & id quod intereſt, *l. 25. & l. 28. C. h. t.* Quo autem tempore ſolvenda merces? Quo convenit ſine dubio, *l. 16. C. h. & l. 23. in med. de R. J.* alioqui non videtur eſſe cauſa exigendi ante tempus uſumque rei finitum, niſi mos regionis aliud ferat, *l. 34. de R. J.* (g) Non tamen ad integram mercedem tenetur conductor; Nam ſi vi majori θεῦ βία, non ex vitio rei vel pravo ſucceſſu curæ atque culturæ, (aliter *Pontifex c. 3. X. Locati.*) magna ſterilitas agrum afflixerit, remiſſionem, ut diximus, impetrat conductor; niſi in ſe periculum ſuſceperit, vel ubertate ſequentis anni præcedens ſterilitas compenſetur, *l. 15. §. 1. & ſeqq. l. 7. 8. D. h. t. l. 8. C. eod.* quin remiſſa merces ob fertilitatem ſecutam revocari poteſt, etſi donandi verbo ſit uſus Locator; quia magis eſt, ut tranſigendi animus intelligatur, *d. l. 15. §. 4.* Quod ſi conductorem ante tempus dictum ſine juſta cauſa deſeruerit, ad integri temporis mercedem & quicquid præterea domini intereſt, tenetur, *l. 55. §. ult. h. t.* Eſtne juſta cauſa, metus ſpectrorum? non facile, nec tamen non prorſus. vide *l. 27. §. ult. h. t.*

SCHOLIUM.

Quid ex l. 25. §. ult. hic *Autor inferre velit, ignoro. Ad* l. 184. de R. J. *provocat Wiſſenb. ad* ff. h. t. th. 16. *& argumento ejus in Senatu Pariſienſi judicatum refert, metum ſpectrorum non eſſe juſtam cauſam recedendi a locatione. Quamvis ipſe Wiſſenbachius metum ſpectrorum inter vanos referendum non vult, & ita a Senatu Pariſienſi diſſentit. Sed videntur tamen conciliari poſſe. Eſt metus hic non ſemper vanus, quia dantur ſpectra, idque non credimus ſal-*

tem

tem, ſed & ex variis exemplis ſcimus. Sed eſt tamen ſæpe vanus tum propter exceſſum imaginationis, tum propter varios dolos hominum malignorum & otioſorum. Unde non ſine cauſa refert Lucien Sœſve dans le nouveau recueil des pluſieurs queſtions notables cent. 2. chap. 32. *in ſupremo Auditorio Pariſienſi fuiſſe in ſimili caſu judicatum contra conductorem, præprimis cum ille ad probandam ſpectrorum apparitionem, teſtes ſaltem produxerat fœminas & virgines deponentes, lectos & ſtragula ipſis fuiſſe vi ſubrepta, cibariaque remota, maſſas quaſi igneas in ædibus huc illuc volutatas, tigna ex ſuperiore domus parte dejecta, ſenſiſſe etiam ſe ad ventriculi regionem ita comprimi, ut vix ſpiritum ducere potuerint, quæ omnia vel ex naturalibus cauſis, vel hominum illudentium artibus orta eſſe poterant, nemoque deponeret, ſe oculis vidiſſe ſpectrum, aut verbera, vel aliam noxam ab eo accepiſſe.*

RESPONSIO.

Pro l. 25. *poni debet* l. 27. §. ult. d. tit. *quæ de cauſa emigrandi, propter juſtum vel injuſtum timorem loquitur. Sed hæc res ex legibus in terminis, non decidetur. Respendet e facti circumſtantiis & conditione perſonarum.*

N. ADDIT.

Jam quidem mallem aſſenſum præbere judicato Senatus Pariſienſis, judicantis vanum eſſe metum ſpectrorum. Ad ea, quæ in contrarium in ſcholio ſunt allata, facile regeri poteſt, Exempla aliorum non parere ſcientiam, ſed fidem, vel etiam credulitatem.

Culpa, ad quam tenetur Conductor, eſt levis, *l. 5. §. 2. D. Commodati.* Obſtat quidem *hic §. pen. & l. 25. §. penult. D. h. tit.* ubi diligentiſſimi patrisfam. officium exigitur: ſed fundamentum *d. l. 5. §. 2.* eſt ſtabile, & proinde in reliquis textibus agitur vel de ſpecialibus negotiis, quarum adminiſtratio majorem curam poſtulat, vel ſuperlativus loco poſitivi collocatus videtur negligentius, quod fit aliquando, ut *in l. 6. Quod met. c.* Conſtantiſſimus pro *Conſtans.* Tenetur etiam conductor de omni damno, quod ejus contemplatione datum eſt, veluti, cum propter inimicitias ejus vicinus arbores excidit: nam & hoc culpæ ipſius adnumeratur, ſaltem ipſi imputandum cenſetur, *l. 25. §. 4. Locati.*

Modi, quibus finitur locatio, ſunt I. Tempus præfinitum, non mors; tranſit enim ad utriusque contrahentis heredes, *§. ult. h. t. l. 10. C. h. t.* ubi viam veritatis, qui ſecus putat, ignorare dicitur. Si contrahentes paſſi ſint tempus labi nec uſum rei mutaverint, tempus, quo continuarunt, tacitæ conventioni imputatur, imo in agris ad annum tenentur invicem, quia perceptio fructuum anno circumagitur, *l. 13. §. ult. & l. ſeq. h. t.* in urbanis, quatenus habitatum eſt, *l. 13. §. f. h. t.* quod non ita cape, ut is qui *v. gr.* per triennium in ædibus habitavit, eo tacite elapſo, rurſus ad triennium conduxiſſe videatur; ſed quod id tempus, quo poſt ſpatium condictum habitare perſeveravit, vi conductionis habitaverit, cum hoc tamen ſenſu, uti ſemper & expelli & excedere poſſit. Moribus *paſſim*, niſi certo tempore ab eo, qui a locatione vult diſcedere, ſit renunciatum, ad annum usque renovata cenſetur conductio, tam in ædibus quam in agris, non etiam in rebus mobilibus. II. Finitur, reſoluto jure locatoris, etſi longius ſit tempus adjectum, ut ſi fructuarius rem locaverit & uſusfructus ſit finitus; nec quidem heres fructuarii in id quod intereſt tenetur, niſi defunctus jure communi, non qua fructuarius locaverit, *l. 9. §. 1. h. t.* Eadem ratione per venditionem a locatore factam ſolvitur conductio, nec enim emptor ea ſtare tenetur, ſicut nec reliqui ſucceſſores particulares; niſi aliter convenerit, *l. 25. §. 1. h. t. l. 9. C. eod.* At ſi pacto non caverit venditor idemque locator, ipſe conductori tenetur in id quod intereſt. Ideoque hujus refert, in eum finem cum emptore paciſci, *d. l. 25. §. 1.* Conductor tamen ex illo pacto nec actionem nec exceptionem habet, ſed is, qui pactus eſt, ſolus, *arg. §. 19. ſupr. de inut. ſtipul.* qui intervenire debet ad tuendum conductorem, vel ei cedere jus ſuum. Exceptio eſt, ſi conductor pro hoc contractu hypothecam ſaltem generalem habeat; hæc enim ei tribuit retentionem, donec ei ſatisfactum ſit de eo, quod ſua interſit, *arg. l. 1. in pr. de pignor. & hypoth.* Sand. *l. 3. t. 6. def. 7.* non puto tamen id eſſe verum de quolibet jure in re, quod conductor ex alia cauſa habeat, ut Sandius ibi ponit; contra liquet ex *l. 25. C. h. t.*

12. III. Finitur locatio, ſi conductor toto biennio non ſolvat mercedem, modo dominus jure ſuo velit uti, *l. 56. h. t.* quo caſu obtinent ea, quæ *ſuperius n. 6.* de emphyteuſi diximus. Wiſſenb. *ad ff. h. t. th. 21.* IV. Finitur locatio, ſi Dominus rem locatam propriis uſibus neceſſariam

riam eſſe probaverit; neceſſitas autem rigide accipienda videtur, ne temere adverſus proprium factum nitatur, *l. 3. C. locati.* V. Si dominus ædes *corrigere maluerit*, ut ſunt verba *d. l.* modo tanta reparatio ſit, ut habitationem impediat; quod ob publicam utilitatem receptum, ne ædificia collabantur, quo nihil triſtius urbibus, *l. 2. C. de ædif. privat.* VI. Si conductor in re conducta male verſatus ſit, *d. l. 3.* hoc eſt, officium boni patrifam. notabiliter egreſſus ſit.

13. Invitus nemo in locatione ſemel finita perſiſtit, nec locator, neque conductor, *l. 32. C. Locati.* Sed publici prædii conductoribus tribuitur, ut aliis, ſi tantundem mercedis offerant, præferantur, *l. 5. in f. C. de locat. præd. civil. vel fiſcal. ſive templorum.* Argu. *d. rubr.* extenditur hoc jus ad prædia templorum, non ad eccleſiaſtica, nec domuum miſerabilium, Sand. *d. tit. 6. def. 2. in fin.* Idem privilegium habent ſtudioſi ex jure canonico, *c. 1. X. de locat. cond.* idque moribus ſervatur, Sand. *ibid.* Publicani conductores prædiorum publicorum vice verſa non detinentur inviti in conductione, *l. 3. §. 6. de jur. Fiſci.* niſi maximos fructus tulerint, & locatio bonis conditionibus denuo fieri nequeat, *l. 11. §. ult. de publican.* Wiſſenbach. *d. l. th. 24.* Finita locatione, conductor rem evacuare debet, etſi dominium, vel aliud in ea re jus ſibi eſſe contendat, *l. 25. C. h. t.* reſpice *ad n. 10. h.* Si neget reſtitutionem, poſſeſſionemque contumaciter retineat, donec ad reſtitutionem condemnetur, duplum præſtare cogitur, *l. 34. C. eod.*

Tit. XXVI.

De Societate.

Quid & quotuplex ſocietas. De partibus lucri & damni. De diſtributione, quæ fit conventione partium inæquali. Modi, quibus finitur ſocietas. De actione pro ſocio.

(a) SOcietas eſt Conventio, de rebus lucroque & damno communiter habendis. Genus eſt Conventio; qua voce diſtinguitur a Rei communione, quæ eſt ex numero quaſi-contractuum & ſine conventione res facit communes, de qua ſpecie in loco *inferius* tractabitur. *De rebus;* etenim res plerumque communicantur, *l. 1. §. 1. h. t.* aliquando tamen dominium manet penes unum, & artis operæque ſocietas ſola contrahitur cum lucro atque damno, ut mox ad *§. 1.* Partiarii coloni hinc non ſunt alieni, *l. 25. §. 5. Locati.* Materiam faciunt res operæque honeſtæ, non turpes, ut monopolia, maleficia, *l. 1. D. h. t. l. 53. & 57. eod.* Proinde, quod ſic, imo & alia veneriſque opera quæritur, ut a Veſpaſiano adamato apud Suetonium, id omne penes potitum, ut nactus eſt, manet, *l. 59. §. 1. eod.* licet aliter ſit in hereditatis petitione & in negotiorum geſtione, *l. 52. de Hered. pet. & l. 8. §. 1. de negot. geſt.* in illa propter univerſalitatem judicii, quod merito pandecten voces; in hac, quia negotiorum geſtor non habeat animum ſibi acquirendi, ut videtur. Neque tamen honeſtatem in definitione neceſſum eſt inſeri, cum hoc in omni contractu & omnibus in jure traditis notiſſime intelligatur, ut vel ex primo juris præcepto apparet. Quanquam in lege Solonis, quæ extat apud Gajum *in l. 4. de colleg. & corporib.* ſocietas memorari videtur τῶν ἐπὶ λεαὶν οἰχομενων ἢ εἰς ἐμπορίαν, eorum, qui ad prædationem, vel ad mercaturam proficiſcuntur. Interpres *in d. l. 4.* verba ἐπὶ λίαν, ſive λείαν οἰχομένων, non bene legit, aut male intellexit, cum ita vertit, *qui & multum ſimul habitantes ſunt.* Quaſi ſcriptum græce fuiſſet ἐπὶ λαὶν οἰκουμένων, *nimis arcte habitantium.* Inſolens foret, Solonem probare ſocietatem prædandi cauſa initam, niſi ex Thucydidis *Libr. 1.* conſtaret, Græcos olim prædationem in Barbaros, hoc eſt, omnes non Græcos, ut licitam honeſtamque exercuiſſe: unde & cauſam belli Trojani arceſſit. Quin & Ariſtoteles eo mihi reſpicere videtur, cum *lib. 1. polit. c. 4.* venationem hominum, qui ſervili ingenio præditi, quique incertis ſedibus vagantur, ut diebus noſtris validi mendicantes, in ſervitutem rediguntur, πόλεμον φύσει δίκαιον appellat. Vix etiam alio retuleris, quod eſt in *l. 5. §. 2. de capt. & poſtlim. reverſ.* ubi Pomponius ſcribit, ſi cum gente aliqua neque amicitia neque fœdus ſit; quod ex ea ad nos pervenit, noſtrum fieri, & illorum, ſi quid e noſtris ab illis captum, atque etiam homi-

(a) *Poſ. 1. & ſeqq.*

Digitized by Google

homines utrimque ſervos haberi. Cæterum, inter ſocietates illicitas refertur etiam, quæ libertatis artandæ cauſa inter Patronum & libertum initur, *l. 1. §. 7. Quar. rer. actio non datur.* quod ex præcedentibus explicandum, ſi fiat in continenti poſt manumiſſionem, & quidem libertatis onerandæ cauſa, ut monet Cujac. *l. 16. obſerv. c. 8.*

2. Eſt autem duplex Societas, univerſalis, aut ſingularis. Univerſalis *κοινοπραξία* Theophilo, (b) quæ omnium bonorum: Singularis, quæ certarum rerum eſt, ut olei, vini aut frumenti, *in pr. h.* vel potius Specialis, quæ eſt certæ negotiationis, ita, ut ſingularis tum ſit de una re, veluti de bove, aut equo emendo; quomodo (quod tamen operæ pretium non eſt in artem verti,) tres ſpecies conſtituerentur, *in l. 5. pr. h. t.* Diviſione ſocietatis in eam, quæ rerum eſt, & quæ vitæ, ſcil. matrimonium, quam habet Vinnius *hic in pr.* non utimur, ut dictum *ad tit. de nuptiis.* Sub Univerſali comprehenduntur bona tam præſentia quam futura; hoc tamen diſcrimine, quod præſentia quaſi - traditione tacita vi conventionis ipſo jure communicantur, exceptis nominibus, *l. 1. §. 1. l. 2. & 3. in pr. h. t.* Futura, cum primum acquiruntur, ejus ſunt, a quo acquiruntur, actione vero pro ſocio communicantur, *l. 73. pr. & l. 74. h. t.* quomodo & ea, quæ in nominibus ſunt, ab initio communicantur, *d. l. 3. in pr.* Generalis ſive univerſalis ſocietas iterum, vel ſimpliciter, vel ſpecialiter contracta dicitur. Simpliciter, quando ſocietas inita eſt, non expreſſo, utrum ſit omnium bonorum, an certarum rerum, *l. 7. & ſeqq. h. t.* Specialiter, quando diſerte ſocietas de omnibus bonis inita eſt, *l. 3. §. 1. h. t.* In poſitionibus priorem diximus *univerſalem*, alteram ſimpliciter *generalem*, quod ita docendi cauſa licuerit. Differentia harum ſpecierum eſt, quod ubi ſimpliciter contracta eſt, ea tantum inter ſocios communicantur, quæ veniunt ex quæſtu, *d. l. 7. & ſeqq.* At ſpecialiter ſocietate contracta, tunc & hereditates, & legata, & donationes, & quicquid ulla ratione acquiſitum eſt, communicantur, *l. 3. §. 1. eod. tit.* conſequenter & impenſæ, cum alter ſociorum aliquid in honorem liberorum, vel in dotem quid erogavit, *l. 73. h. t.* Cujac. *23. obſ. 27.* ſed hæc differentia referre ſe videtur ad ea, quæ poſtea acquiruntur. Quid autem de præſentibus, an ea ſtatim communia fiunt in ſocietate ſimpliciter contracta? Ita Bachovius arbitratur, reprehenſus a Vinnio *ad pr. h. t. n. 4.* Etenim verba *l. 7.* ita ferunt, ut ne quidem præſentia communicentur; ſi non fuerit diſtinctum, ait, videtur eſſe coita univerſorum, quæ ex quæſtu veniunt. Imago & exemplum hujus differentiæ eſt in conjugibus noſtri ſoli & Bataviæ. Apud utroſque ſocietas omnium bonorum eſt inter Conjuges. Noſtratibus eorum, quæ ex quæſtu veniunt; rebus ipſis, quæ utrimque conferuntur, cuique propriis relictis. In Hollandia cunctæ res in continenti fiunt communes, ni pactis dotalibus aliter ſit cautum. Initur etiam ſocietas, vel expreſſe, per conventionem; vel tacite, rebus in commune illatis, idque eſt quod re, aut verbis fieri dicitur *in l. 4. pr. pro ſocio.* oportet autem hunc animum diſerte expreſſum eſſe, vel ſaltem ex conjecturis evidentibus colligi, nam alioqui factum communiter initum non facit ſocietatem; velut Legatum, donatio duobus facta, nec quidem emptio communiter, *l. 31. h. t.* juncta *l. 2. D. eod.*

(b) *Poſ. 4. & ſeqq.*

SCHOLIUM.

Ita quidem putavit Ulpianus l. 31. h. t. *ſed vereor, an ita cum Modeſtino* in l. 4. eod. *conciliari queat. Sane* l. 32. & 33. *quæ & ipſæ Ulpiani ſunt, longe abeunt ab hypotheſi Modeſtini in* d. l. 4. *& aperte Cajus* l. 2. Princ. ff. commun. divid. *ſi plures rem emerint, eandem communem eſſe cum ſocietate aſſerit; quod & verius eſt, & magis per* l. 2. C. h. t. *probatur, quam Ulpiani ſententia. Cum Autore tamen ſentit Wiſſenb.* ad ff. h. t. th. 20. *ubi & alios citat.*

RESPONSIO.

In l. 4. *nihil eſt quam ſocietatem* Re *iniri, hoc eſt ipſo facto ſocietatem exercendi, poſtquam res ſunt collatæ, continuato; Quid inde ad unum emptionis factum? Interim verum eſt, cum emptio fiat expreſſa partium voluntate, plerumque eam fieri cum animo ſocietatis, quod Cajus innuit in* l. 2. Comm. divid. *idque ſimiliter actum fuerit in* l. 2. C. pro Soc.

N. ADDIT.

Sed cur Autor plane nihil reſpondet ad allegatas in Scholio leges 32. & 33. h. t. *ubi mens Ulpiani ſatis expreſſa eſt, quod putaverit in caſibus, ubi Modeſtinus voluit re & per nuncium ſocietatem contrahi, id negandum eſſe, & in iſtis caſibus formulam commun. dividundo locum ſibi vindicare arbitratus fuerit.*

3. Fun-

3. Fundamentum ſocietatis eſt æqualitas, niſi aliter convenerit. Conventio vel eſt incerta, ut partes conſtituantur, vel certa, ſc. quæ & quotæ partes futuræ ſint, *l. 6. & l. 29. h. t. §. 1. h.* Incerta conventio redigitur ad arbitrium boni viri, qui rationem collationis habet, ut qui plus pecuniæ operæve confert, plus etiam lucri percipiat, *l. 6. l. 76. & ſeqq. l. 80. h. t.* Conventio certa de partibus lucri atque damni, ita ut placuit, ſervanda eſt; velut, ſi duo inter ſe pacti ſunt, ut ad unum duæ partes lucri & damni, ad alterum tertia pertineat, *§. 1. in fin. h.* aut unus lucri partem ferat, de damno non teneatur, *§. 2. verſ. & adeo hic.* Tametſi alias, ſi partes in lucro ſint expreſſæ, non æque in damno, in hoc eædem partes intelliguntur, & perinde vice verſa, *§. 3. h.* Cæterum, leonina ſocietas, ut unus ferat omne lucrum, alter omne damnum, penitus prohibita eſt. Nomen Leoninæ ſocietatis eſt ex fabula, quæ extat apud Phædrum *fab. 5.* his verbis:

Vacca & capella & patiens ovis injuriæ,
Socii fuere cum Leone in ſaltibus.
Hi cum cepiſſent cervum vaſti corporis,
Sic eſt locutus, partibus factis, Leo.
Ego primam tollo, nominor quia Leo.
Secundam, quia ſum fortis, tribuetis mihi.
Tum quia plus valeo, me ſequetur tertia.
Malo adficietur, ſi quis quartam tetigerit.
Sic totam prædam ſola improbitas abſtulit.
Nunquam eſt fidelis cum potente ſocietas.

Nec vero aliter valet conventio de partium inæqualitate, quam ſi alter plus contulerit pecuniæ, aut operæ alteriusve rei cauſa, *l. 29. in pr. h. t. Si non fuerint partes ſocietati adjectæ, æquas eas eſſe conſtat; Si vero placuerit, ut quis duas, vel tres habeat partes, alius unam, an valeat: placet valere, ſi modo aliquis plus contulit ſocietati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscunque alterius rei.* Ex his ſequitur, cum nihil de partibus dictum eſt, contrahentes ſine reſpectu ad collationem æquales habere partes arithmetice, non geometrice, (α) ut loquuntur *d. §. 1. & d. l. 29. pr.* (β) Connan. *l. 7. comm. c. 19. n. 5.* Tulden. *ad h. t. n. 5.*

SCHOLIUM.

(α) *Imo geometrice per textus* poſit. 14. *citatos, quos quidem Autor de caſu, quo pactio de partibus fuerit interpoſita, loqui dicit, ſed refragantibus verbis textuum.* conf. not. ad Strauch. XV. 26. p. 176.

(β) *Ita quidem eſt; Ulpiani verba in* d. l. 29. pr. *ſatis videntur innuere, eum per æquas partes ibidem intellexiſſe æquas proportione arithmetica. Sed vereor Tribonianum* in §. 1. h. t. *idem cum Ulpiano ſenſiſſe. Quin potius per* æquas *partes ibi videtur intelligere æquas proportione Geometrica. Conjectura hæc eſt; Quærit Ulpianus* d. l. 29. *an poſſimus convenire, ut unus duas partes lucri habeat, alter tertiam? Ratio dubitandi eſt, quod absque pacto ejusmodi quilibet æquas partes ſc. proportione arithmetica, habere debeat. Sed tamen hac ratione non obſtante, reſpondet Ulpianus per τὸ* Placet. *In hunc locum incidens Tribonianus, dum Inſtitutiones colligeret, (quod conferendo* §. 1. & 2. *cum hac* l. 29. *patet) putavit, Ulpianum per æquas partes intelligere tales ſecundum proportionem Geometricam, & ita cum aliis JCtis* d. l. 6. & 80. *conſentire. Unde cum ad quæſtionem, quam Ulpianus tanquam dubiam ibi proponit, perveniſſet, nec vero ita explicatis Ulpiani verbis ratio dubitandi amplius ſupereſſet, ſtylum mutavit, dicendo:* nec enim unquam dubium fuit, &c.

RESPONSIO.

Quid hoc? An textus in d. poſ. *citati non agunt de caſu, quo id actum eſt inter ſocios, ut partes conſtituerentur? Tu inſpice Lector, nec aliter reperies in* l. 6. l. 36. & ſeqq. & l. 80. h. t. *Connani atque Tuldeni ſententia ſatis aperte ſequitur ex* d. l. 29. *Cur Tribonianus ab Ulpiano diſſenſerit, nihil cauſæ profertur a Thomaſio, niſi quod in fine non adjecit limitationem,* ſi modo; *quod ut totiens alias omiſſum non arguit diſſenſum, ſed defectum aliquem. Tu interim hoc ſerva ſis. Pecunia & opera heic æquipollent. Pone, operas eſſe diſpares ob imparem peritiam. Si tamen nihil dictum ſit, partes lucri & damni erunt æquales arithmetice, ut nemo negat; ſi hoc in operis non eſt iniquum, cur in pecuniæ ſummis diſparibus erit injuſta Ulpiani ſententia, cui veterum nemo contradicit?*

N. ADDIT.

Initio ſupponendum, phraſin de pactione ſuper partibus interpoſita, ſecundum dicta ab Autore in præcedentibus, eſſe æquivocam, quia conventio illa, vel incerta, ut partes conſtituantur, vel certa, ſcilicet quæ & quotæ partes futuræ ſint. 2. Putavi, Autorem, dum textus obſtantes conciliare vult, & dicit, l. 6. l. 76. ſeq. & l. 80. h. t. *loqui de caſu, ubi pactio de partibus fuerit interpoſita, loqui de pactione certa. Neque aliter tum eum potui intelligere ex prælectionibus, ubi tum plane*

aliter erat ſcriptum, & quidem in hunc modum. In omni Societate, cujus fundamentum eſt æqualitas, partes lucri & damni æquales intelliguntur pro portione geometrica, hoc eſt pro portione ſortis, quam quisque contulit, per *l. 6. & 80. h. t.* ut eſt communiſſima interpretatio *§. 1. h. t.* Poteſt tamen conveniri, uti partes ſint inæquales, quatenus opera unius plus, quam alterius ad Societatem confert, *§. 2. h. & l. 29. D. h. tit.* Sic autem ait JCtus: *Si non fuerint partes ſocietati adjectæ, æquas eas eſſe conſtat; Si vero placuerit, ut quis duas, vel tres habeat partes, alius unam, an valeat: placet valere, ſi modo aliquis plus contulit ſocietati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscunque alterius rei.* Unde ſtatuendum videbatur; etſi plus ab uno ſit collatum pecuniæ, quam ab altero, tamen æquales eſſe partes, niſi convenerit, ut inæquales forent: adeoque partes ordinario ſimpliciter κατ' ἀριθμὸν oporteret eſſe æquales, nec unum plus lucri quam alterum percipere, niſi aliter conveniſſet: aliter autem conveniri poſſe, non ſemper & indiſtincte, ſed tum demum, ubi alter plus altero contulerit, ſive pecuniæ, ſive operæ, aut alterius rei, quæ utilitatem præcipuam rei communi adferat. Prior pars hujus ſententiæ eſt Connani *l. 6. comm. C. 13.* Tuldeni *ad hunc tit. c. 5.* Sententia altera de pacto, quando id interponi poſſit ad inæqualitatem, eſt communis, ut teſtatur Vinnius ad *§. 2.* qui tamen adverſus utramque diſputat ſatis λογικῶς, ſed non reſpondet ad *l. 29.* quo difficultatem tollat, adfert *l. 6. & 80. h. t.* ſed nihil in illis adverſum eſt Ulpiano, quia loquuntur de caſu, quo pactio de partibus eſt interpoſita, non de eo, quod ſimpliciter & ſemper uſu veniat. *Hactenus Autor. (3.) Etſi igitur Autor textum prælectionum nunc mutaverit, & eo modo conciliandi utatur, quod textus illi loquantur de caſu, ubi ſocii conventionem incertam de partibus fecerint, quod non nego, non tamen nobis deerit, alias rationes illi conciliationi opponendi. Scilicet (4.) de eo inter me & Autorem convenit, quod in* d. l. 6. l. 76. ſeq. & l. 80. h. t. *loquantur JCti de partibus geometrice faciendis, & quod Ulpianus in* l. 29. *loquatur de partibus arithmeticis. Conſtat etiam, Ulpianum non loqui de conventione incerta partium, reliquos vero JCtos in iſtis textibus ejus mentionem injicere. Id vero nego, ex iſta diſparitate fundamentum deſumi poſſe, conciliandi textus obſtantes, in quæſtione de partibus ſocietatis, ſi nulla certæ partes aſſignatæ ſint ab initio, poſtea aſſignandis, an ſecundum proportionem arithmeticam, an geometricam, idque ſic probo. Haud dubie, qui ſic eas determinare debet, ſive antea conventum fuerit de determinatione, ſive nihil conventum, debet id facere ſecundum arbitrium boni viri. Arbitrium autem boni viri non debet eſſe cerebrinum, ſed fundatum in recta ratione, recta ratio in natura negotii. Et igitur arbiter, ſive partes incerta conventione id antea voluerint, ſive non, lite poſtea orta debet judicare ſecundum naturam negotii. Natura vero negotii non duplex eſt, ſed una. Ergo eandem naturam debet obſervare arbiter, ſi antea de partibus conſtituendis indefinite quid conventum, quam ubi nihil conventum. Et conſequenter iſta diſtinctio non facit ad conciliandos Autores, qui partes diverſimode aſſignant, unus arithmeticas, alter geometricas. (5.) Tribonianum ab Ulpiano diſſenſiſſe, jam ex eo probatur, quia Ulpianus partes arithmeticas aſſignans ſecundum hactenus dicta diſſenſit a JCtis, qui partes geometricas aſſignant. Quod vero Tribonianus verba Ulpiani referens ea intellexerit ſecundum ſenſum reliquorum JCtorum, dictum fuit in Scholio, ad quod nihil eſt in reſponſione exceptum quod ſatisfaciat. (6.) Denique ego, & mecum haud dubie omnes, qui ſequuntur doctrinam JCtorum* in d. l. 6. *& parallelis, negabunt, quod Autor tanquam indubitatum ſupponit, ſi operæ ſint diſpares, partes tamen lucri & damni fore æquales arithmetice. Nam hoc eſt contra* d. l. 6. *(7.) Niſi forte ludat hic Autor in voce partium lucri & damni. Nam quæſtio principalis eſt de partibus lucri aſſignandis, ſi contributio pecuniæ, vel operæ ſit inæqualis. Et tum deciſio eſt, quam nos ſequimur, ſi duo ſint contrahentes, non duas partes æquales eſſe faciendas ſecundum capita, ſed ſecundum collationes. Cæterum de eo non eſt dubium, quod eam in dubio partem damni quis debeat ſentire, quam ſentit de lucro, & vice verſa.*

(c) *Poſ. 18.*

(c) Poteſt quoque ita ſocietas iniri, ut ſortem unus conferat ſolus, & tamen quæſtus communio ad utrumque pertineat, *d. §. 2.* Quo caſu quæritur, an ſoluta ſocietate, ſors quoque dividatur, an vero ad eum, qui contulit, revertatur? Poſterius affirmandum, niſi aliud inter partes actum eſſe appareat: Quia textus *in d. §. 2. l. 1. C. h. t.* tantum de lucro & damno loquuntur

com-

communicando, & quia ſortis illa diviſio, quæ ab uno collata fuerat, nimiam inferret inæqualitatem in contractum, cujus fundamentum eſt æqualitas: præſertim, quia cum ſocius, invito altero, ſemper habet renunciandi facultatem, alter ita ſortis ab uno collatæ brevi nulloque momento particeps fieri poſſet, quod, ut tota res eſt, nimis enorme foret. Ita Fachinæus *2. controverſ. 94. 85.* Gail. *2. obſ. 24. n. 6.* Mantic. *6. de tacit. & ambig. convent. 5. n. 6. 7.* Hoenon. *diſp. 17. ad Inſt. n. 2. 3.* Diſſentiunt multi, quos vide apud D. Voetium *comm. ad hunc §. 2. n. 2.* qui & ipſe diſſentit. D. Vinnius *ad eund. §. 2.* diſtinguit cum Grotio, (quem D. Wiſſenbach. *diſp. Inſt. 38. th. 10.* reprehendit.) ita videlicet; ut parum ab ea, quam collocavimus, ſententia diſcedat. Pro noſtra diſputat etiam Perezius ad *Cod. tit. de ſociet. n. 2.* utens argumento inter alia, *l. 52. §. 2. D. h. t.* ubi unus ex ſociis dedit pecus ſuum paſcendum, vel agrum colendum alii, quærendis in commune fructibus, pecus autem, vel ager manet ejus, cujus antea fuerat. Hoc autem ſatis conſtat, ſi quid lucri ſit acquiſitum, tunc eum, qui nihil ad ſortem contulit, de damno poſtea ſuperveniente teneri, quatenus lucri ſui portio ferat; eo vero conſumpto, non datur alius exitus, quam ut damnum recidat in eum, qui ſolus habet, quod perdat, quia ſolus contulit ſortem, *arg. l. 9. C. de pignor. act.*

4 (d) Cæterum, quando partes conſtitutæ ſunt inæquales, tunc diſtributio ſecundum illam proportionem non fit in ſingulis negotiationibus, ſed finita ſocietate omnibus inter ſe collatis lucriſque & damnis compenſatis. *Ex. grat.* Societas libraria inter bibliopolas inita eſt, qui nundinis vernalibus lucrati ſunt trecentos florenos, autumnalibus iterum perdiderunt 300. jam ille, qui duas lucri partes habet, & tertiam damni, ſic ait; ducenti debentur mihi de lucro vernali, tibi centum; de damno autumnali tibi ferendi ſunt 200. mihi centum; atque ita ipſe reſiduos haberet centum. Contra, alter ait ſic; Vere lucrati ſumus trecentos, autumno perdidimus trecentos, ergo nihil ſupereſt dividendum; ſed ſi lucrum vernale fuerit ſupra trecentos, tum ſuperfluum illud, ſecundum conventionem dividendum eſt, *d. §. 2. in fin.*

SCHOLIUM.

Moribus noſtris plerumque ſocii certos terminos ponunt, quibus computationem lucrorum & damnorum ineunt, quod vocant die bilance ʒiehen, *nec adeo ſemper tempus finitæ ſocietatis expectant. Quod ſi partes lucri cum partibus damni correſpondeant, in effectu nulla erit differentia, an in ſingulis negotiationum articulis diſtributio fiat, an demum poſt certum aliquod tempus. Sin autem conventum fuerit, ut unus ſociorum v. g. duas partes lucri, damni tertiam, alter duas partes damni, lucri tertiam, ferat, tum ingens in diverſitate computandi differentia erit.*

Denique, (e) ſi partes expreſſerint, quantum quiſque de lucro caperet, de damno nihil dixerint, tunc eadem proportio in damno intelligitur, quæ jam de lucro expreſſa fuerat, *§. 3. h.* niſi convenerit, ut unus lucri ſit particeps, neque de damno teneatur, quod quidem poteſt ita conſtitui, ut ſcriptum eſt *in §. 2. h. t.* limitatur tamen hoc ipſum, *ſi tantum ſit opera, quanti damnum;* aliter conventio non valeret, *d. l. 29. §. 1.* Scilicet aliquando periculum & moleſtia negotiationis tanti eſt, ut facile damnum, quod alter fert, hanc diſtinctionem æquare poſſit, adeoque plus induſtria ſocii conferat ſocietati, quam pecunia alterius, qui negotiationem non intelligit, *d. l. 29. §. 1.*

5. (f) Sequuntur modi, quibus ſocietas finitur, ſunt autem hi; Renunciatio, mors, finis negotii & ademptio bonorum alteri e ſociis eveniens. Renunciatio unius, invito quoque altero, ſolvit ſocietatem, quod in hoc contractu ſpeciale eſt, (nam reliqui contractus non niſi mutuo conſenſu ſolvuntur, *§. ult. infr. Quib. mod. toll. obl.*) propter odium communionis; quæ eſt mater diſcordiæ, *§. 4. h. l. 77. §. 20. de Legat. 2.* Si tamen in fraudem alterius facta ſit renunciatio, ut lucrum interverteretur, tum callidus renunciator hanc pœnam ſubit, quod ipſemet lucrum a ſe quæſitum communicare cogatur, quæ autem alter quæſiverit, eorum non fiat particeps, *d. §. 4.* Proinde ſeu bona, ſeu mala fide facta renunciatio, ſocietatem finit, *l. 65. §. 3. 5. 6. h. t.* Idem juris eſt, ſi quis abſenti renunciaverit ſocietatem, usquedum abſens id reſciverit, *l. 17. §. 1. h. t.* Alioquin adeo libere ſinguli renunciare poſſunt, ut ne pactum quidem obſtet de ſocietate nunquam ſolvenda, *l. 14. h. t.* verum ſi convenerit, ne intra certum tempus a ſocietate abeatur, hoc pactum valet, *d. l. 14.* Eſt & tacita renuncia-

(d) *Poſ. 20.* (e) *Poſ. 14.* (f) *Poſ. 21. & ſeqq.*

Digitized by Google

tio, cum ſeparatim quaſi mutuo conſenſu partes agere cœperint, *l. 64. h. t.*

6. (g) Mors quoque unius e ſociis, totam ſocietatem, & inter omnes ſolvit, tametſi convenerit, ut ad heredes transfeat ſocietas, *l. 35. & l. 59. h. tit.* quia tale pactum naturæ ſocietatis contrarium intelligitur, *l. 65. §. 11. d. tit.* ubi ratio redditur, ne invitus quis ſocius efficiatur; Item quia ſocii contraxerunt ob fiduciam perſonalem, quam de ſe invicem habuere, quæque in heredibus non obtinet. Excipitur tamen vectigalium ſocietas ob utilitatem publicam, *l. 59. h. t.* Verum, hoc pacto convenire poteſt, ut uno e ſociis mortuo, inter reliquos maneat ſocietas, *§. 5. h. in fine. l. 65. §. 9. h.* Mors etiam civilis intelligitur finire ſocietatem, *l. 63. §. ult. h. t.* Sed hoc tenendum, in ſocietate ſingulari, quicquid lucri damnive factum ſit poſt alterius mortem, id eſſe atque fieri commune, *l. 65. §. 2. eod.* Tertio ſolvitur ſocietas finito negotio, ſuper quo contracta erat, quia extincto ſubjecto, tollitur adjunctum, *§. 6. I. d. l. 65. §. 10.* Quarto ſolvitur, ſi alter ex ſociis bonis ſuis excidat, quod fit per publicationem, ſive confiſcationem bonorum, *§. 7. h. d. l. 65. §. 12.* Item per ceſſionem, quando ſocius ære alieno merſus bona ſua deſtituit, & Creditoribus diſtrahenda permittit, *§. 8. h. eod. l. 65. §. 1.* ſcil. quia his caſibus amiſſione omnium bonorum, ea quoque tolluntur, quæ in ſocietate ſunt. Poſſunt tamen, ſoluta ex hiſce cauſis ſocietate, in novam conſentire, *§. 7. in fin. h. t. l. 6. de ceſſ. bon.* quod D. Voetius comm. *ad d. §.* duntaxat de reliquis ſociis accipit, cum ipſo cedente non poſſe renovari ſocietatem contendit: ſine ratione, ut videtur; Nam operas ſaltem conferre poteſt. Ex his fere intelligi poteſt Ulpianus in *l. 63. §. ult. h. & ll. ſeqq.* Societas, ait, ſolvitur *ex perſonis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ex perſonis*, morte naturali & civili. *Rebus*, extinctis, aut ademptis. *Voluntate*, per renunciationem expreſſam, vel tacitam, quæ fit ἰδιοπραγίᾳ, ſeorſim agendo. *Actione*, per litis conteſtationem & novationem.

7. Actio ex hoc contractu dicitur *Pro ſocio*, quæ eſt utrinque directa, daturque non ad diviſionem, ſed de præſtationibus perſonalibus etiam, durante ſocietate, ad æqualitatem redigendis, *l. 1. Comm. Divid.* Sunt autem præſtationes perſonales, quæ non immediate de rebus, aut ex rebus, ſed e facto aliquo proveniunt, velut ſi unus in re communi damnum dederit, *l. 48. & ſeq. h. t.* vel paſſus ſit, etiam fato, *l. 52. §. 4. eod.* vel impenſas fecerit, aut fructus perceperit, *l. 38. §. 1. & paſſim eod.* Dolus etiam & culpa ſunt perſonales præſtationes: de dolo non opus eſt dicere, eum a ſociis præſtari: Neque de culpa hærendum, quin ſecundum regulam *l. 5. §. 2.* levis culpa præſtetur, quoniam hic manifeſto utriusque vertitur utilitas. Plane venit in hoc judicium bona fides, *l. 52. §. 1. h. t.* cui videtur ſatisfieri, ſi talem diligentiam ſinguli rebus communibus adhibeant, qualem ſuis rebus adhibere ſolent, quia qui parum diligentem ſibi ſocium adquirit, de ſe queri debet, addit JCtus *in l. 72. ff. Pro ſoc.* neque vero ſalva fide minorem communibus quam ſuis rebus diligentiam præſtabit, ut in *l. 32. Depoſ.* ſcriptum eſt de culpa depoſitarii; cui ſimilis quoque ratio, quod facilitati ſuæ debeat imputare, qui negligenti amico rem cuſtodiendam tradit, applicatur in *§. 3. in fin. Inſt. de obligat. quæ re contrah.* adeo ut in hypotheſi parum abſit, quin eadem culpæ in utroque contractu præſtatio locum habere videatur.

Tit. XXVII.
De Mandato.

Quid & quotuplex Mandatum. Alia diviſio in quinque ſpecies. De mandato rei illicitæ. Officium mandatarii. Actio. Modi, quibus ſolvitur. Modus ultimus. Differentia ab aliis contractibus.

(a) MAndatum eſt *Conventio, qua quis rogatus, alienum negotium gratis ſuſcipit adminiſtrandum.* Verbo *rogatus* diſtinguitur Mandatum a negotiorum geſtione & a defenſione, quemadmodum ſuis locis intelligemus. *Alienum* dicitur in definitione, quia ſane plerumque res, & negotia aliena mandantur, etſi aliquando res etiam propriæ ſint illis junctæ, ut inferius videbimus. Mandatum eſt duplex, Generale, quod eſt ad omnia bona, *l. 58. & ſeqq. de*

(g) *Poſ. 26. 27. & ſeq.* (a) *Poſ. 1. & ſeqq.*

Pro-

Digitized by Google

Procur. & Speciale, quod de certis rebus eſt datum. Generale mandatum rurſus vulgo dividitur, quod vel ſimplex ſit, vel cum libera, ſcil. adminiſtrandi poteſtate, cujus aliquam fecimus mentionem ad *tit. de Acquir. rer. dom. n. 56.* Laudat eam diviſionem D. Wiſſenbach. *p. 1.* ad *ff. diſp. 13. th. 10.* aliique ab illo citati; Improbant alii, ſane etiam Græci, *lib. 8.* Βασιλικῶν *tit. 2.* ubi legis *58. de Procurator.* verba, cui *generaliter libera adminiſtratio rerum commiſſa eſt*, diſſimulato verbo *libera* vertunt, ὁ γενικῶς ἐπιτραπεὶς διοικεῖν, *cui generaliter adminiſtrare permiſſum:* quod ſi vox tam exquiſitam haberet ἔμφασιν, ut ex ea duæ ſpecies oppoſitæ intelligerentur, nequaquam præteriri potuiſſet. Sed nec ratio fert, ut perpetuam in Procuratoribus poteſtatis differentiam, ex hoc verbo colligamus. Nam Procurator ſimplex omnium bonorum habet jus novandi, *l. 20. §. 1. de novat.* transigendi, *l. 12. de pact.* jusjurandum deferendi, *l. 17. §. ult. de jurej.* quibus alienationis cauſam & vim contineri, notum ſatis eſt. Dein Procuratori *cum libera* tribuitur jus exigendi, *d. l. 58.* Ergo ſimplici negabitur, ſi inter ſe opponantur, quod & volunt diviſionis hujus auctores, ea nempe, quæ nominatim procuratori *cum libera* adſcribuntur, ſimplici negata cenſeri. Quid? eſtne majus exigere debitum, quam tranſigere? Imo ſi hæc poteſt, ut dictum, ſimplex procurator, ergo exigere multo magis, & ſic non differet ab eo, qui *cum libera* dicitur. Jam, plus eſt ſolvere quam exigere, & majoris præjudicii illud; at ſolvere poteſt ſimplex procurator, *l. 87. de Solut.* Ergo etiam exigere ſane; imo hoc ipſum directe probat *l. 34. §. 3. de ſolut.* Præterea ſolvere, inquam, poteſt Procurator ſimplex, quod eſt alienare, quidni igitur alienare? cur, inquam, alienandi poteſtas negatur? Objectæ *leges 63. D. & 16. C. de procurat.* ſpeciale mandatum ad alienandum requirunt, Ergo hoc jus, ne Procuratori quidem cum *libera* tribuunt, & ſic nihil eum a ſimplici differre, hactenus indicant. Conciliationem textuum hac parte ἐναντιοφανῶν dedimus ad *tit. de A. R. D. n. 55.*

2. Mandatum (b) quoque dicitur eſſe expreſſum vel tacitum; Et quidem tacitum colligitur & claris & perſpicuis circumſtantiis, veluti quando quis alienas res præſente domino gerit, *l. 6. §. 2. & l. 18. Mandati.* Nam alioqui tacens heic pro conſentiente non habetur, *l. 8. §. 1. de Procurat.* (c) Generale mandatum rurſus aut judiciale, quod eſt ad litem, vel extrajudiciale, quod ad negotia dicitur. Utrumque & inprimis judiciale, eſt vel in rem ſuam, vel in rem alienam. In rem ſuam dicitur, cum quis nomine quidem alieno, ſed in propriam utilitatem agit: Veluti is, qui actionem alienam acquiſivit titulo emptionis, donationis, aut ſimili, quo proprietas continetur, *l. 33. §. 5.* cum *l. ſequ. de Procurator.* Sed quid opus eſt, dices tu, mandatis actionibus ei, qui emit, cui donatæ, cui legatæ, vel in ſolutum datæ ſunt? qui plenam habet actionum proprietatem, numquid is adhuc mandatum impetrabit? Hanc rem ita interpretamur:

(b) *Poſ. 8.* (c) *Poſ. 5.*

3. Jus civile quam minimum recedit a ſimplicitate juris Gentium, & quam proxime naturali rerum conditioni ſeſe accommodat. Jam ita fere natura comparatum eſt, ut res corporales ab uno in alium transferri queant, ut fit omni die: Jura, quæ ſunt res incorporales, ejusmodi translationem mutationemque ſitus non recipiunt, ſed penes eum, cui ſemel acquiſita ſunt, manent. Exemplo ſint Hereditas, obligatio & denique actio. Nam qui ſemel eſt heres, ſemper manet heres, *l. 88. in fin. de hered. inſt.* adeo ut vendita hereditate, tamen a creditoribus hereditariis idem conveniatur; quippe & jure hereditario, & obligatione adhuc penes eum, non obſtante venditione, remanente, *l. 8. de acquir. hered. & l. 3. in fin. Quib. ex cauſ. in poſſ. eat. & l. 62. de R. J.* Quando uſusfructus venditur, aut aliter transfertur, ipſum tamen jus penes cedentem manet, *l. 12. §. 2. & l. 38. de uſufr.* Nomine, hoc eſt obligatione alicui legata, jus tamen ipſum & actio penes heredem, qui pro ipſo defuncto habetur, remanet, neque Legatarius aliter actionem, quam prævia ceſſione habet, *§. 21. Inſt. de Legat. l. 44. §. 6. & l. 75. §. 2. de Legat. 1.* Cauſæ igitur ſive tituli præſtant hoc, ut emolumentum omnisque juris tranſlati effectus, ſit penes eum, in quem translatio facta eſt: cauſa vero atque facultas agendi iis modis non tranſit, eo quod a perſona ſeparari nequeat. Verum ad hanc opus eſt mandato, per quod is, in quem jus tranſlatum eſt, (vulgo *ceſſionarius*) loco ejus, qui jus tranſtulit, ſurrogatur, ejusque nomine quaſi Procurator actionem inſtituit. Ita venditor hereditatis ad

effectum

effectum actionis obtinendum, emptori actiones ſibi competentes mandat, *l. ult. de tranſact.* idem fit in ſpecie *d. §. 21. Inſt. de Legat.* Præcedenti capite, *in pr.* intelleximus bona cuncta, quæ ſocii univerſales habent, ipſo jure quaſi tacita traditione,communia fieri, atque ita reciproce transferri, *l. 1. & 2. pro ſocio;* ſed nomina, ſive obligationes, in ſuo ſtatu manent, nec aliter transferuntur, quam ſi alter eas alteri præſliterit, hoc eſt mandaverit, *l. 3. pr. eod.* Hinc etiam in *l. 53. de pecul.* quanquam ſervo peculium intelligitur conceſſum, debitores tamen ille, niſi mandatis actionibus, convenire non poteſt: Cui peculium, inquam, conceſſum eſt totum, is tamen actiones niſi mandatas inſtituere nequit. Hoc videlicet eſt, quod ait Gloſſa in *l. ſi quis ergo. de pecul.* actionem a domino,ſive a perſona, cui primitus competit, ſeparari non poſſe, verum oſſibus ejus inhærere, ita ut nunquam, niſi ſolutione vera, vel ficta, ſeparetur. Et hæc quidem eſt ratio juris, non inani ſubtilitate, ſed monſtrante natura, rerumque diverſitate reperta. Quia tamen effectus rei, ſicut diximus, eſt penes eum, cui actio per modum proprietatis eſt ceſſa, ſatis erat incommodum, ſi quando mandatum erat neglectum, actionis facultatem ceſſionario negari. Quare Pius Imp. primus ſuo reſcripto emptori hereditatis etiam ſine mandato dedit actiones utiles, quæ ſemper in ſubſidium, æquitatis reſpectu ad ſpecies negotii, de quibus competunt actiones, affines, extenduntur, *l. 16. de pact.* quo exemplo deinceps JCti & Impp. utiles illas actiones ad omne genus ceſſionum produxerunt, *l. 7. C. de hered. vel act. vend. l. 18. C. de legat. l. 33. C. de donat. l. 2. C. de oblig. & act. ubi de dotis datione. l. 1. & 2. C. eod. ubi de ſolut. & l. 20. de pignor.* Et exinde ceſſionis vocabulum ſignificare cœpit omnem transferendæ actionis modum, etiam ſine mandato, cum alioqui mandare & cedere actiones eodem ſenſu modoque ſoleant uſurpari, *l. 76. de ſolut. l. 1. in fine C. de magiſtrat. conven.* Sand. *de act. ceſſ. cap. 1.*

4. (d) Eſt & alia mandati diviſio,quæ maxime pertinet ad negotia extra judicium, de quo genere mandati *hoc Tit.* inprimis agitur. Habetur *in pr. §. 1. 2. 3. 4. 5.* Eſt autem hæc; Mandatum contrahitur, aut ſolius mandantis gratia, aut mandantis & mandatarii, vel alieni tantum gratia, vel mandantis & aliena, denique mandatarii & aliena gratia. Solius mandantis ergo, id ordinarium eſt; veluti, cum quis mandat amico, ut pecuniam pro ſe, ſcilicet mandante, mutuam accipiat, *§. 1. h.* Mandantis & Mandatarii,veluti cum mando tibi, ut pecuniam ſub uſuris credas homini idoneo, qui in meam rem ſit accepturus. Nam ibi non modo mea, ſed & tua vertitur utilitas, quod in bonum nomen uſurarium acquiras, *§. 2. h.* Aliena tantum gratia mandatum initur; cum *v. gr.* mando tibi, ut amici mei negotia geras: ſed huic obſtat, quod obligationes contrahuntur, ut unusquisque acquirat id quod ſua interſit; Atqui ut aliena negotia gerantur, mandantis non intereſt, *§. 18. ſupra de inutilibus ſtipulat.* Sed tu dic, ab initio quidem nihil intereſſe: cum quis tamen hactenus ſe miſcuit rebus alienis, tum incipit ejus intereſſe, quia ſi negotia non bene gerantur, mandans in id quod intereſt tenetur, tanquam negotiorum geſtor, eique merito objicitur Regula juris, quæ docet, in culpa eſſe eum, qui ſe miſcet rebus ad ſe non pertinentibus, *l. 35. de reg. juris.* Et ſic nihil obſtat, imo bene congruit id, quod dicitur in *l. 8. §. 6. Mandati.* ubi verba; *Mandati actio tum competit, cum cœpit intereſſe ejus qui mandavit; Cæterum, ſi nihil intereſt, ceſſat mandati actio;* cui tum non obſtat *l. 6. §. 4. eod. tit.* ubi; *Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti, ut pro Sejo intervenias,vel ut Titio credas, erat mihi tecum mandati actio,* Cujac. *17. obſerv. 19.*

(d) *Poſ. 7.*

SCHOLIUM.

Dic potius non eſſe mandatum, niſi ubi intereſt per ſe ab initio mandantis l. 8. §. 6. mandati. *in caſu etiam* §. 3. & 4. Inſt. h. t. *per ſe intereſſe mandantis,reliquorum per accidens.* Adde notas ad Strauch. XV. 29. p. 177.

RESPONSIO.

Arbitratu ſuo, qui ſic loquitur, utatur. Si intelligis, quid ſit aliena tantum gratia, *non dices, hoc eſſe, quando mandantis intereſt præcipue, reliquorum per accidens. Hoc non eſt* aliena tantum gratia, *ſic ut hoc diviſionis membrum eſt ſitum.*

N. ADDIT.

Videamus an recte explicaverimus §. 3. Inſt. h. t. *an potius Autor. Ipſe ſibi opponit* §. 18. de inutil. ſtipul. *& conciliat, ab initio nihil intereſſe, ſed poſtea, quia ſcil. mandans geſſerit negotia alterius, & huc pertinere ait* d. l. 8. §. 6. *verbis,* cum cœpit intereſſe. *Sed luſus in termi-*

no intereſſe. Vel id denotat utilitatem, aut damni evitationem futuram, vel præſentem. Primo ſignificatu dicitur mandatum non eſſe, niſi mandantis primario interſit, i. e. niſi utilitatem ſuam, aut damni evitationem primario intendat (ex natura videlicet omnium contractuum communi, & quod exceptio tua non intereſt, poſſit opponi cuilibet agenti.) Atque ſic etiam diximus rem ſe habere, ſi, ut Tribonianus poſt Gajum in l. 2. h. t. *dicit, mandatum ſit aliena tantum gratia. Non enim aliter hic caſus eſt intelligendus, quam ſi mandans tempore mandati ſit negotiorum alienorum geſtor. Hic igitur apparet, mandantem in mandato intendere proprii damni evitationem, ne teneatur actione negotiorum geſtorum. Et hinc falſum eſt, quod Autor paragraphum exponit, quod ab initio quidem mandantis nihil interfuerit. Nam ſi fingamus, mandantem demum poſt mandatum incipere gerere negotia illius Titii, tum haud dubie non confirmabitur mandatum, quod ab initio nullum eſt, per* §. 18. de inut. ſtipul. *Alia vero quæſtio eſt, quando ſuppoſito mandato juſto, actio mandati naſcatur. Scilicet tum, cum cœpit intereſſe in altero ſignificatu, i. e. ubi damnum præſens eſt, & mandatarius male geſſit. Igitur ut actio mandati detur, neceſſe eſt, ut jam ſubſiſtat mandatum. Sed non vice verſa, ſi mandatum ſubſiſtit, ſemper etiam datur actio mandati. Quæ duo non ſunt confundenda.*

Eadem ratio eſt in illa ſpecie mandati, quæ mandantis & aliena gratia contrahitur, in *§. 4. h.* veluti, cum quis alteri mandat, ut ſua & amici ſui negotia gerat, *d. §. 4. l. 2. §. 3. h. t.* Nec non mandatarii & aliena, *in §. 5.* veluti ſi mandem tibi, ut Titio pecuniam credas ſub uſuris. Nam Titii intereſt, quia pecuniam, qua eget, invenit; & tua, quod bonum nomen cum uſuris adipiſceris. Verum ſolius Mandatarii gratia non poteſt contrahi mandatum, quia hoc conſilium potius, quam mandatum eſt, niſi dolus arguatur, quem ne conſilii quidem prætextu quiſquam impune feret, *§. 6. h. l. 2. §. ult. D. h. tit. l. 47. de R. J. l. 8. l. 23. & l. 31. de dol.* Denique, forte an & ſexta hoc reſpectu mandati ſpecies datur, quando quis mandat, ſua, mandantis & aliena cauſa, ut ſi tutor contutori ſuo mandat, quo pupillo ſervum neceſſarium emat, *l. 8. §. 4. h. t.*

5. (e) Contra bonos mores quemadmodum nulla obligatio, ita nec mandatum contrahi poteſt: ideoque nulla inde actio inter contrahentes oritur; ſed & is, qui turpe mandatum dedit, & qui executus eſt, uterque tenetur ad pœnam, tam ei, cui nocitum eſt, quam Reipubl. *§. 7. h.* nec minus ſevere puniendus, qui mandavit, quam qui fecit, *l. 15. §. 1. ad L. Cornel. de Sicar. l. 7. §. ult. de Juriſd. & l. 1. §. 1. de eo, per quem fact.* nec aliter in ſacris, *2. Sam. 13. v. 28. & 1. Reg. 21. verſ. 10.* Enimvero quandoque mandatarius excuſatur, ſi poteſtati mandantis ſubeſt, *l. 37. in pr. ad L. Aquil.* utique in minus atrocibus, *l. 157. de R. J.* cujusmodi exemplum eſt in *l. 10. §. 2. de his, quæ ut indign.* haud perinde in atrocibus, *d. l. 157.* Quæritur autem, an Mandatario modum in executione rei turpis excedenti, ſupra quam mandans voluit, hic etiam de exceſſu teneatur. Veluti mandaveram, ut inimicum meum vulnerares, tu occidiſti, egone de cæde, an de vulnere duntaxat tenebor? diſtinguendum videtur, utrum mandatarius exceſſum data opera commiſerit, an per imprudentiam; ſi prius, tum non eſt commiſſus per cauſam mandati, verum exceſſus ex propria fraude mandatarii. Sed altero caſu mandatum vere fuit in cauſa cædis admiſſæ, & ſic uſu venit, *arg. l. 15. D. ad L. Corneliam de Sicariis.* licet enim mandans animum cædis faciendæ non habeat, verum tamen eſt, eum, qui verſatur in actu illicito, de toto eventu teneri, quem exinde ſequi poſſe cogitare debuit, *l. 38. §. 5. de pœn. & l. 16. §. 8. eod.* vid. A. Matth. *comm. de crimin. princ. edit. pag. 544.* Vinn. ad *hunc §. n. 3.* D. Wiſſenb. *diſp. Inſt. 37. th. 17.* Aliter Fachinæ. 1. *controv. 26.* Bronch. *2. miſcell. 65.* D. Voet. *ad §. 7. h. n. 2.* *

6. (f) Officium mandatarii eſt, diligenter ſervare fines Mandati, quos ſi egredietur, hactenus non habet actionem, ſed tantum quatenus intra fines mandati ſe continuit, *§. 8. h. tit.* Quæſtionis autem eſt, an de eo, quod excedit fines mandati, ſaltem utilis negotiorum geſto-

* Mandatum rei & naturaliter turpis & civiliter illicitæ nullum eſt. Quorſum ſpectat in Sax. El. illud, quo procuratori committitur præſtatio jurisjurandi principali delati, cum id in propria perſona præſtandum ſit. *Ord. Proc. Sax. tit. 18.*

(e) *Poſ. 12. 13. 14.* (f) *Poſ. 15. & ſeqq.*

rum actio detur, ſi mandatarius in rem mandantis, ut fit, exceſſum perpetraverit, eique licet non volenti conſuluerit. Sunt, qui aſſirmant, quos inter Perezius ad *tit. C. de mand. n. 4.* Bronch. 1. *miſcell. 66.* Et tum textus, qui objiciuntur ipſis, *l. 31. §. 4. de negot. geſt. & l. 37. §. 1. de pecul.* de aperta diſertaque prohibitione accipiunt, de qua ſane loquitur etiam *l. 40. D. h. t.* ſed arbitror, id quod ſpecialiter præſcriptum eſt, merito expreſſæ loco prohibitionis, ſi in diverſam fiat partem, eſſe habendum; *voluntas finem erogationis fecit*, ait *d. l. 31. §. 4.* ac ita Bachov. hic, ut & Vinnius; alioqui *λογομαχία* tantum fuiſſet inter veteres Jctos. Cæterum, qui per æquipollens implet mandatum, non habetur pro excedente fines mandati, quod exemplo declaratur in *l. ult. h. t.* poteſt etiam mandatarius alium ſibi ſubſtituere, modo nihil mandantis interſit, *l. 8. §. 3. h. t.* aut niſi diſerte prohibitum ſit, *l. 1. §. 5. verſ. quid tamen de exercit. act.* rationem licitæ ſubſtitutionis vide in *l. 13. C. de Contrah. ſtipul.*

7. (g) Mandatarius tenetur de leviſſima culpa, *l. 13. l. 21. C. h. & l. 1. §. ult. eod.* quanquam ſolius mandantis hic verſatur utilitas, quod eſt contra regulam, *l. 5. §. 2. D. Commodati.* Videtur autem Lex acuere voluiſſe curam hominum in adminiſtrandis amicorum rebus; quæ plerumque ſocorditer habentur, ſpreta fide amicitiæ: quam ob rem & infamia dolum in mandato plectere voluit, ut in loco intelligemus. Facit huc locus Ciceronis *pro Roſc.* Itaque *mandati conſtitutum eſt judicium non minus turpe quam furti, credo propterea, quod quibus in rebus ipſi intereſſe non poſſumus, in his operæ noſtræ vicaria fides amicorum ſupponatur; quam qui lædit, oppugnat omnium commune præſidium & quantum in ipſo eſt, diſturbat vitæ ſocietatem. Non enim poſſumus omnia per nos agere, alius in alia eſt re magis utilis. Idcirco amicitiæ comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur.* Et mox: *Ergo idcirco turpis hæc culpa eſt, quod duas res ſanctiſſimas violat, amicitiam & fidem: nam neque mandat quiſquam fere, niſi amico, neque credit, niſi ei, quem fidelem putat.* Proinde mirum non eſt, quod officium mandatarii bona fides appellatur in *l. 10. pr. h. t.* quam alii objiciunt, ut & *l. 5. §. pen. de præſcr. verb.* ubi mandatarius præſtat cuſtodiam, ſi ita convenerit, quæ eſt ſupra levem culpam, *l. 13. §. 1. de pign. act.* Reſpondere licet ex *l. 81. de R. J.* vel ex *l. 2. de peric. & comm. rei vend. & l. 17. §. pen. de præſcr. verb.* in quibus locis *cuſtodiæ* nomine caſus fortuitus atque periculum venit.

8. (h) Actio mandati, eſt directa vel contraria. Illa datur mandanti adverſus mandatarium, ut reddat rationem negotii adminiſtrati. Puta, ſi mandatum ſuſceptum non impleverit, vel jam ſuſceptum exequi neglexerit, cum juſtam non implendi, aut negligendi cauſam non haberet, *l. 5. h. t.* aut ſi non denunciaverit, *l. 27. §. 2. h. t.* vel ſi perperam aut aliter quam ipſi mandatum erat, geſſerit, *l. 12. h. t.* vel denique, ſi geſſerit quidem, ſed dolo vel culpa ſua nocuit mandatori, *l. 8. §. ult. h.* Contraria datur mandatario, *l. 12. §. 9. hoc tit.* Scilicet, ut durante adminiſtratione, neceſſaria ſubminiſtret, *l. 12. §. ult. h. t.* finitoque negotio, reſtituat impendia in mandato facta, *l. 10. §. 9. & l. 27. §. 4. hic.* omnemque præterea indemnitatem præſtet, etiam vero uſuras, *d. l. 12. §. 9.* Non tamen omnia, quæ impenſurus non fuit, ſi mandato abſtinuiſſet, repetere poteſt mandatarius, veluti quod ſpoliatus ſit a latronibus, aut naufragio res amiſerit, vel languore ſuo ſuorumque adprehenſus quædam erogaverit: nam hæc magis caſibus, quam mandato imputari oportet, *l. 26. §. 6.* quanquam in judicio ſocietatis, etiam particulari, propter communionem lucri atque damni, talia invicem imputari ſolent, *l. 52. §. 4. D. pro ſoc.* Non habere contrariam mandati Procuratorem, ſi mandati fines exceſſerit, ex modo dictis intelligitur, nec ullo alio remedio quatenus exorbitavit, experiri poſſe videtur. Utique tamen dominus, ſi rem pro ſe emptam XII. cum ipſe pro X. mandaſſet, petat a mandatario, qui minoris emere non potuit, doli mali patietur exceptionem, ſi pretium integrum ſolvere nolit; neque enim fert æquitas, uti ex alieno fiat locupletior, *l. 14. de condict. indeb. l. 1. & 2. de dol. except.* Quæ ſuperius dicta ſunt, eo pertinent, quod mandatarius eum cogere non poteſt, ut rem accipiat majore pretio, quam præſcripſerat, non etiam ut rigore Legis adverſus mandatarios ad prætextum iniquæ *πλεονεξίας*, ad captandam amici imprudentiam utatur.

9. (i) Sequuntur modi, quibus ſolvitur mandatum, quorum duo priores ſunt revocatio &

(g) *Poſ. 19.* (h) *Poſ. 17. 18.* (i) *Poſ. 20. &c.*

Digitized by Google

renunciatio. Prior a parte mandantis, poſterior reſpectu mandatarii. Utraque poteſt fieri impune; reclamante licet altero, quod eſt contra regulam *l. 5. C. de O. & A. renuntiare ſemel conſtitutæ obligationi adverſario non conſentiente, nemo poteſt*, ut monet D. Vinnius *hic*. Imo forte non eſt. Etenim ex mandato non naſcitur obligatio, niſi cum partium intereſſe cœpit, *l. 8. §. 6. D. mandati*; adeoque contractus mandati hanc tacitam habet conditionem, ut non liget, niſi quatenus interfuerit. Atqui tunc obligatio, qua alter alteri in id quod intereſt tenetur, eſt indiſſolubilis. Alioqui regula *d. l. 5.* maxime de contractibus, qui actu tranſitorio conſtant & quidem eatenus duntaxat, non de his, quorum natura durationem temporis continet, accipienda videtur; niſi quatenus certum tempus eſt adjectum, ut non modo in ſocietate atque mandato, ſed & in mutuo, commodato, depoſito, in pignore ſimilibusque liquet. Cæterum renunciare licet, ut dictum, utrique parti non promiſcue, neque ſemper impune, niſi Re adhuc integra; nam ubi res deſierit integra eſſe (deſinit autem res integra eſſe, quando alterutrius intereſſe *cœpit*) non poteſt aliter revocari renunciarive mandatum, quam præſtito eo, quod intereſt alterius, *§. 9. & 11. h. t.* Dantur tamen juſtæ cauſæ, propter quas re quoq; non amplius integra, mandato renunciari poteſt, veluti propter inimicitias adverſus mandantem exortas, vel quod mandatarius propriis neceſſitatibus ſit impeditus, & cæteris in *l. 23. & ſeq. D. Procurator.* Fit autem renunciatio non modo expreſſe, verbis aut literis, aut per nuntium, ita ut in notitiam partis alterius veniat, *l. 6. l. 12. §. 16. l. 15. l. 22. §. ult. & l. 27. §. 2. h. t.* verum etiam tacite, ſi ſtatus procuratoris in deterius mutetur ſervitute, vel deportatione, *arg. l. 38. in pr. de Solution.* cum *l. 56. §. 2. de V. O.* denique, ſi dominus ipſe negotium proprium tractet, tum partes ceſſare procuratoris, ipſa res loquitur. Mantic. *de tacit. & ambig. convent. 7. tit. 21.*

10. Tertius mandati ſolvendi modus, eſt Mors, tam mandantis, quam mandatarii, quia fundamentum hujus contractus eſt fiducia perſonalis induſtriæ, quæ in herede ceſſat, *§. 10. h. l. 26. & ſeqq. D. Mandat.* * Tamen, ſi per ignorantiam, aut probabilem cauſam, poſt mortem in negotio mandato ſit perrectum, utilis actio utrimque non negatur, *d. §. 10.* Huc etiam pertinet ſpecies *l. 19. §. 3. in fin. de donat.* mandavi ut Titio des pecuniam, cui ego donatum volo, dediſti poſt mortem meam ignorans, habes actionem. Idem eſt in *l. 4. pr. de manumiſſ. vind.* ubi accedit favor libertatis, cui geminum vide exemplum in *l. 9. §. 1. de jur. dot.* denique, non aliter finitur morte mandatum, quam ſi integrum ſit, *§. 10. in pr. h. l. 27. §. 3. h. t.* Proinde, ſi negotium pendeat inchoatum, neque perfectum, ita ut id quod reſtat, cum iis quæ ſunt geſta, connexum ſit, dicendum eſt, tranſire mandatum ad heredem, *arg. l. 5. §. 6. de adminiſtr. tut. l. 13. de tut. & ration. diſtrah. l. 11. C. arb. tut.* Sunt etiam ſpecies mandati, poſt mortem durantes, veluti, quæ in tempus poſt mortem ſpecialiter concipiuntur, & inſtar ultimarum voluntatum ſe habent, *l. 12. §. ult.* cum *l. ſeq. D. Mandati. l. 18. §. 2. de donat. mort. c.* non tantum ſi tale ſit negotium, quod vivo mandatore non poteſt impleri, ſed etiam, quod ſpecialiter in tempus, inquam, poſt mortem collatum eſt, *l. 13. Mand.* non obſt. *l. ult. de Solut.* de qua vid. Cujac. *1. obſ. c. 38.* Similiter mandatum, quod ſubjicitur actionibus venditis, donatis, legatisve, aut alio proprietatis titulo, morte non finitur, quia potius e natura tituli principalis, quam ſua æſtimatur, *l. 1. C. de Oblig. & Action.* hoc uſu venit, cum fundi venditor alicui mandavit, ut emptorem in vacuam poſſeſſionem induceret, *l. 33. de acquir. poſſ.* id enim poſt mortem quoque mandatoris, cum idem & venditor ſit, recte fit; magis enim hic venditionis quam mandati obligationem ſpectamus. Sed quod judex a Præſide datus etiam in tempus ſucceſſorum durat, *l. 49. §. 1. de judic.* id huc non pertinet, quia nec mandatum hoc eſt, neque de re patrimoniali, de qua heic agimus. Idem eſt in *Nov. 134. §. 6.* ubi Præſides juſſa principis, aut præcepta majorum judicum miſſa ad deceſſores ſuos, implere jubentur, perinde ac ſi ad ſe miſſa eſſent. Æque ac Jure Canonico cautum eſt, ut Legati a latere officium duret, etiam poſt mortem Pontificis, *cap. Legatos. 2. V. præſenti de off. Legat. in 6.* Sic etiam, cum quis inſtitorem præpoſuit tabernæ, quia

* Hinc & in Saxonia mandatarius judicialis, mandato heredes comprehendente inſtructus, intra *6. Sept. & 3.* dies heredes ſui principalis nominare, & ab iis novam legitimationem exhibere jubetur. *Mand. El. d. 1655.* Menck. *ad O. P. S. 1. 7. §. 3.*

publice

publice hoc fit, neque proprie mandatum eſt, durat quoque poſt mortem præponentis, *l. 17. §. 2. de Inſtitor. act.* cum morte domini, a quo ſervus Kalendario, id eſt pecuniis fœnori dandis, præpoſitus eſt, ea præpoſitio, quæ privata eſt, finiatur, *l. pen. de reb. cred.* Poſtremo *l. ult. pr. de Solution.* objicitur, ubi verba; *ei, qui mandatu meo poſt mortem meam ſtipulatus eſt, recte ſolvitur;* Scilicet, vi ſtipulationis ab eo factæ, qui adhuc vivit, non mandati, quod mortuus dedit. Vide latius D. Wiſſenbach. *p. 1. ad D. diſp. 32. th. 9.* Poſtremo recipere mandatum diem & conditionem, quemadmodum alii contractus, id per ſe clarum eſt, *§. 12. h. t.* Etiam poteſt mandatum per epiſtolam, aut per nuntium contrahi, *l. 1. pr. & §. 1. h. t.*

II. (k) Præterea, ad naturam mandati pertinet, quod gratuitum ſit; eſt enim beneficus hic contractus, cujus naturæ merces eſt contraria, *l. 1. §. 4. h. t.* nam ſi pecuniaria conventio accedat, in diverſam ſpeciem contractus abit, nempe locationis, ſi factum ſit ejusmodi, quod ſoleat locari; quod ſi locabile non ſit, tum eſt contractus innominatus, Facio ut des, *l. 22. de præſcr. verb.* vel extra ordinem cognoſcendum, ſi res aliquam dignitatem aut favorem habeat, veluti ob ſtudia liberalia, de quibus idem ſit, ſive de honorario convenerit, *l. 1. de extraord. cognit.* ſive non convenerit, ut de Advocatis in *l. 4. D. de extraord. cognit.* cum Mandatarius ſalarii petendi aliter jus non habeat, quam ſi promiſſum ſit, & quidem certum, hoc enim, vel condictione certi, *pr. Inſt. de V. O.* vel extra ordinem, ut dictum, exigitur. Incertæ pollicitationis ſalarium neutra actione peti poteſt, *l. 56. §. 3. h. t.* Quemadmodum & in illa ſpecie, qua factum locabile ſine mercede alieni committitur; nam ſi id hac mente fiat, ut poſtea tantum detur, quantum convenerit, tum & ille contractus eſt innominatus, *§. 1. ſupra de Locat. Cond.* ſi vero officii amicitiæque cauſa factum ſuſcipiatur absque animo mercedis capiendæ, tum eſt mandatum, *§. ult. in fin. h. tit.* Enimvero poteſt mandatario ſalarium promitti ſalva mandati natura, ut actio quoque mandati, de ipſa re, ſcil. principali detur, *l. 6. D. Mandat. in pr.* nec enim peti poteſt ſalarium per actionem mandati, cujus naturæ merces contraria eſt, ut dictum. Quid igitur ſibi volunt verba *d. l. 6. in pr. Si remunerandi gratia honor intervenerit, erit mandati actio?* Ego ſic puto. Quæſtio eſt, an mandati actio competat etiam tum, quando mandatum eſt ſalariarium. Ratio dubitandi, quia mandatum eſt gratuitum, ut accedente pecunia, natura ejus mutari videatur. Sed reſpondetur; Tamen dari actionem, cum promiſſio ſalarii a mandato ſeparata ſit; datur actio non de ſalario, ſed de ipſo negotio, hoc enim quæritur: & hoc eſt ſubjectum hujus propoſitionis. Si vero tu ponas, ſubjectum eſſe, *ſi honor intervenit:* & prædicatum, *mandati actio erit,* tum ſpecioſa eſſet adverſaria interpretatio.

Tit. XXVIII.

De Obligationibus, quæ quaſi ex Contractu naſcuntur.

Natura obligationum ex quaſi-contractibus, & numerus. De negotior. geſt. Tutelæ adminiſtr. De actione Curator. Rei communio. Heredit. aditio. De indebiti ſolutione.

(a) Obligationes, inquit Cajus in *l. 1. de O. & A.* aut ex contractu naſcuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis cauſarum figuris. Quæ ſint illæ, ſatis explicat in *l. 5. & ſeqq. eod. tit.* ubi ſpecies recenſet easdem, quæ in hoc titulo ſub nomine quaſi-contractuum habentur. Videlicet, cum infinitæ ſint fere negotiorum ſpecies, ex quibus æquum erat obligationem naſci, compertum eſt, nomina contractuum atque delictorum uſitata non ſufficere omnibus illis diverſitatibus exprimendis. Admodum enim variæ cauſarum figuræ inciderunt, quæ mediæ inter contractus atque delicta naturæ viderentur; prout autem propius ad ingenium alterutrius accederent, ita contractibus aut delictis ſunt aggregatæ. Species contractibus affines placuit quaſi-contractus, delictis viciniores quaſi-delicta nuncupari. Paulo quidem circumductius loquitur hic Imperator, ut non rotunde *quaſi*-contractus, ſed obligationem *quaſi* ex contractu naſci, affirmet. Tamen nihil hærendum, quin docendi cauſa *quaſi*-contractuum nomen uſurpetur, ut quaſi-Servianam actionem, peculium quaſi-caſtrenſe, habemus, denique ut quaſi-maritus dicitur in *l. 32. §. pen. D. donat. int. vir. & ux.* Enimvero ne ſic quidem fieri potuit, ut omnes obligationum ſpecies certis nominibus includerentur,

(k) *Poſ. 18.* (a) *Poſ. 1.*

rentur, ut exemplo videmus in *l. 32. de reb. cred.* & alibi. Porro Quaſi-contractus, nihil ſunt quam facta honeſta, ex quibus ſine conventione naſcitur obligatio, propter æquitatem. Alii volunt cauſam obligationis hic eſſe tacitum conſenſum. Sed hoc in univerſum vix dici poteſt, quia furioſi quoque & infantes ex quaſi-contractibus obligantur, quibus tacitus conſenſus adſcribi non poteſt, *arg. l. 3. de R. J.* Quin & ignorantes inviti ex hiſce cauſarum figuris obligamur, *§. 1. in med. h. t. l. 2. de neg. geſt.* Denique contractus vere creberrime tacito conſenſu perfici leguntur, *l. 4. pro ſoc. l. 6. §. 2. l. 18. Mand. l. 13. §. ult. locati. & l. 3. de reb. cred.* Paulo commodius ex præſumpto, ſive a legibus ficto conſenſu, Quaſi-contractus naſci videantur, quemadmodum ſane hujus generis obligatio *tacita* dicitur in *l. 13. §. ult. π. Comm.* & pupillum contrahere adeundo hereditatem, habetur in *l. 3. in fin. ex quib. cauſ. in poſſ.* quando ſcilicet ea negotii conditio apparet, ut dubium non ſit, quin is, ad quem res pertinet, ſuum conſenſum adhibere debeat: idque propter æquitatem, quæ eſt in re ipſa. Unde utique nihil ſimplicius, quam æquitatem mediante legis interpretatione, affinitatemque cum contractibus, veram hujus obligationis exiſtere cauſam; quamobrem contractibus etiam accenſetur *in l. 23. de R. J. l. 49. de O. & A. §. 1. Inſt. de Action. d. l. 3. in fin. Ex quib. cauſ. in poſſ.* Jam ob æquitatem illam, quæ in re ipſa apparet, dicitur hæc obligatio ex re naſci, *l. 46. de O. & A.* ubi pupillus, quoties ex re venit obligatio, teneri dicitur, quem ſane ex quaſi-contractibus teneri, jam dictum, atque dicendum eſt. Porro quaſi-contractus traduntur quinque numero; Negotiorum geſtio, Tutela, Rei Communio, Hereditatis aditio, & Indebiti Solutio, de quibus ordine *hoc tit.*

2. (b) Negotiorum geſtor eſt, qui abſentis negotia ſine mandato gratis adminiſtrat. Naſcitur inde actio negotiorum geſtorum directa, vel contraria. Directa datur domino contra geſtorem, ut reddat rationem adminiſtrationis ſuæ; geſtorum, non geſtorum, male geſtorum, *l. 2. & l. 11. de negot. geſt.* ut reſtituat, quicquid habet; tenetur autem de leviſſima culpa, *§. 1. in fin. h. & arg. l. 21. C. Mandati. l. 25. §. 16. D. famil. erciſc. & l. 24. D. de uſur.* præterquam ſi quid urgente neceſſitate ſit geſtum, tunc enim de lata duntaxat culpa geſtor tenetur, *l. 3. §. 9. de Negotiis geſtis.* idque merito ita conſultum, ne homines a cuſtodiendis amicorum rebus abſterrerentur, ſi non ea, quam ſuis rebus adhibent, diligentia defungi ſe poſſe, intelligerent: quod ſi quis abſque neceſſitate rebus alienis ſe miſcuerit, eſt quod ſibi imputet, ſi plus diligentiæ ab illo exigatur, memor regulæ quæ eſt in *l. 36. de R. J.* Plane cum mandatarium de leviſſima teneri culpa, ſuperius ſit probatum, non eſt recuſandum negotiorum geſtori, qui ſemetipſum obtulit, quo ad eandem redigatur diligentiam, *arg. l. 1. §. 35. Depoſ.* idque volunt verba *§. 1. h. t.* Nec *ſufficit talem diligentiam adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet, ſi modo alius diligentior eo, commodius adminiſtraturus eſſet negotia;* quæ verba non inferunt conditionem, ut tum demum de leviſſima culpa teneatur, ſi nempe alius ipſo commodius adminiſtraturus fuiſſet, ſed deſcriptionem exactiſſimæ diligentiæ continent, perinde ut in *§. 2. ſupra quib. mod. re contrah. oblig.* nec quicquam contrarium eſt in *l. 6. §. ult. de Negot. geſt. l. 32. pr. D. eod. & l. 20. C. eod. tit.* vid. D. Wiſſenb. *diſp. ad Inſt. 32. th. 6.* Cæterum actioni directæ negotiorum geſtorum, opponitur & utilis, & contraria. Utilis in ſpecie *l. pen. de Tut. & ration. diſtrah. l. 17. C. de negot. geſt.* Contraria, id eſt directæ oppoſita, datur negotiorum geſtori ad repetendas expenſas, & quicquid præterea ipſius ex probabili cauſa interfuerit, *§. 1. h. t. l. 2. de Negot. geſt.* etſi negotium non habuerit effectum, *l. 10. §. 1. eod.* ceſſat tamen hæc actio reciproca, ſi dominus interdixerit, ne quid rerum attingeret, isque tamen, etſi utiliter, res geſſerit, *l. ult. de negot. geſt.* denique, ſi non repetendi animo, ſed pietatis & affectionis intuitu fecerit impenſas, *l. 27. §. ult. de Negot. geſt. l. 34. eod. l. 12. & l. 15. C. eod. tit.* niſi de contraria voluntate liqueat, ut in *d. l. 34. l. 50. Famil. erciſc. & l. 12. C. eod.*

3. (c) Secundus quaſi-contractus, eſt TUTELÆ adminiſtratio, nam ipſum quidem tutelæ munus eſt publicum & perſonale, de quo *libr. 1.* eſt actum. Inde ſimiliter duplex naſcitur Actio, directa, & contraria, *§. 2.* Utraque ante finitum tutoris officium nec datur, neque naſcitur, *l. 1. §. ult. l. 4. pr. & l. 9. §. 4. de tut. & ration. diſtrah.* quia tutor ut parens & dominus agit, viſumque eſt importunum, in media functione rationes exigere; Nec Plato aliter *l. XI. de LL.* pupillo,

(b) *Poſ. 5. 6. 7.* (c) *Poſ. 8. & ſeqq.*

cui maxime vult conſultum, actionem dat, quam *ἅμα δ' ἂν ἡβήσῃ τις τῶν ὀρφανῶν*, *ſimul ac pubes factus fuerit*. Mores tamen ſæpius, quibusdam locis quotannis rationes jubent reddi, teſte Schneidew. *ad h. §. ult.* Zypæ. *Not. tit. de tutor.* Apud nos nihil hac de re habemus conſtitutum, ideoque jure civili ſtandum videbatur: ſed opinio atque, ut videtur, obſervatio forenſis eſt, Rationes quando poſtulantur, non poſſe recuſari. Id autem hodieque tenet, ante redditas rationes pecunias pupillares a tutore non eſſe præſtandas, Sand. *lib. 2. tit. 9. defin. 12.* Jam directa datur pupillo finita tutela, adverſus tutorem ad hoc, ut rationes reddat, & reliqua præſtet, id eſt ea, quæ de bonis pupilli ſuperſunt, reſtituat. Etenim rationum redditio duas habet partes, *primam*, ut adminiſtratio referatur atque exploretur, *tum* ut reliqua præſtentur, id eſt bona, quæ ſuperſunt, reſtituantur, *l. 52. de C. & D.* ut & damnum, quod ex levi culpa contigit; nam ultra mediocrem diligentiam non tenetur tutor, *l. 1. in pr. de tut. & rat. diſt. & l. 33. de adminiſt. tut.* quin aliquando, ut in prædiis comparandis, non niſi de lata culpa, *l. 7. §. 2. de adminiſtr. tut.* duntaxat, ubi ſponte ſe tutor obtulit adminiſtrationi, tum juxta ſatisdationem ad omnem omnino culpam tenetur, *l. 53. §. 3. de Furt.* Olim etiam uſuras præſtabant, ſi pecunias pupillorum otioſas reliquiſſent, ut duos tantum menſes haberent in anno liberos, *d. l. 7. §. 3. & 11.* ſed jure novo id non injungitur, niſi pupillus aliter vivere nequeat, *Nov. 72. c. 7.* quin ſi ultro tutor fœnori pecunias locaverit, periculum ipſi incumbere dicitur, *d. N. c. 6.* quod recte ita temperatur, ſi quid ejus negligentiæ imputari poſſit, *arg. l. 11. in f. de C. & D.* Sand. *l. 2. tit. 6. def. 14.* Atque hæc eſt directa tutelæ actio, quæ contra tutorem datur; ſed & ipſe contrariam habet, per quam a pupillo conſequitur indemnitatem, *l. 1. & 2. de contrar. tut. act.* ſive jam fecerit impenſas, ſeu ſe ſuasque res pro pupillo obligaverit, *d. l. 1. & l. ult. de contrar. tut. act. §. 2. h. in fin.* Cæterum, ſi quis roget, cur non æque tutor teneatur de leviſſima, quam procurator ſive mandatarius? ratio videtur, quod tutela munus eſt publicum, quod invitis etiam imponitur, mandatum vero libere ſuſcipitur; ideoque durum foret, eum, qui publice cogi poteſt, tam arcte adſtringere, quam eos, qui ſe rebus alienis ſuo arbitratu miſcere ſolent.

4. Atque hæc de actione tutelæ. Quæ autem de tutoribus dicta ſunt, ea per analogiam ad Curatores producuntur: Ita ut utiles Curationis cauſa actiones, inter illos & minores exemplo tutelæ exerceantur, *vid. Tit. de Tutel. & utili curationis cauſa Actione.* & ſupra *de Curatorib:* Sed qualis hæc utilis eſt? Negotiorum geſtorum vocatur *in l. 17. C. de negot. geſt.* Tutelæ, *in l. 3. C. arbitr. tut.* Quid vetat utramque Curatoribus applicatam fuiſſe; imo ſic habet *l. 7. C. eod. Negotiorum geſtorum ſeu tutelæ.* Tentari tamen poteſt, negotiorum geſtorum eſſe, quæ inſtituitur perſeverante adhuc tutela, ut ſatis clare habet *l. 4. §. ult. de tut. & rat. diſtrah.* & accipi poteſt *l. 16. §. 1. eod. l. 26. de adminiſtr.* ſed utilem tutelæ dari finita adminiſtratione, ſicut directa tutelæ, *l. 4. pr. eod.* Nempe ut negotiorum geſtorum agatur de ſingularibus factis: utilis tutelæ detur poſt perfectam ætatem de univerſa cautione; Sic commode conciliabuntur *d. d. l. 4. l. 16. & l. 26.* quæ volunt ante finitum officium curatorem conveniri, cum *l. 2. l. 14. C. de adm. tut.* quibus diſerte ſtatuitur, Curatorem non niſi finita adminiſtratione teneri. Sit ita, quod ad utilem tutelæ actionem de rationibus reddendis, hæc imitatur directam tutelæ, quæ non niſi, cum Tutor deſiit eſſe, datur: ſed in curatore id peculiare eſt, quod etiam de actu particulari ſtatim interpellari poſſit utili negotiorum geſtorum, de quo caſu intelligendas leges oppoſitas, indicat nobis *l. 4. §. 4. Rem pup. ſalv.* ubi tutor non niſi abſoluta tutela, ſed is, qui pro tutore negotia geſſit, *ſtatim atque quæque res ſalva eſſe non cœpiſſet*, teneri dicitur. Protutor eſt, qui cum tutor non ſit, putans vel fingens ſe eſſe, res pupilli gerit, *tit. D. de eo, qui pro tut. prove cur. negot. geſſ.* Hic quoad actionem e veſtigio dandam, curatori comparatur in *d. l. 4. §. 4.* Ergo & actio, quæ in Curatorem, dum cura manet, datur, eſt de *quaque re*, quæ culpa ejus ſalva non eſt.

REI COMMUNIO.

5. Tertius quaſi-Contractus eſt rei communio; quæ dicitur, cum duo, vel plures eandem rem, ſine conventione ſocietatis, habent indiviſam, velut, cum res eadem duobus eſt legata, empta, vel donata, aut denique cum eadem hereditas pluribus eſt relicta, *§. 3. h.* Unde duplex naſcitur Actio, *Communi dividundo*; & *Familiæ erciſcundæ*, *§. 3. & 4.* Communi dividundo, datur inter eos, qui volunt diſcedere a communio-

ne

ne rerum ſingularium, & notandum, quod hæc actio latius pateat, quam ipſe quaſi-contractus communionis. Nam & res, quæ per ſocietatem ſunt communes, hac actione dividuntur, *l. 2. Com. divid.* & Actio pro ſocio datur tantum de præſtationibus perſonalibus, quæ ex ſocietate veniunt, ut ſupra dictum, *l. 1. eod.*

SCHOLIUM.

Nolim tamen propterea cum Autore dicere: Actionem communi dividundo latius patere, quam ipſum quaſi-contractum communionis. *Nam quod Socii, qui ſocietatem contraxerunt, ad diviſionem obligentur, regulariter eſt ex quaſicontractu. Dico* regulariter; *Si enim in pactis Societati adjectis, de diviſione aliquid diſpoſitum ſit, utique actione pro Socio ad diviſionem agetur, quia pacta contractibus b. f. adjecta iiſdem inſunt.*

RESPONSIO.

Latius patere communi dividundo actionem, a nobis dictum eſt, ratione materiæ ſubjectæ, quæ cum in rebus extra communionis quaſi-contractum etiam conſiſtat, nihil ſimplicius, quam id quod dixi, verum eſt; utcunque τὸ formale quaſi-contractus inter ſocios diverſo reſpectu aliquo modo intelligi poſſit.

N. ADDIT.

Manet tamen incongrua locutio. Quilibet, qui legit, actionem communi dividundo latius patere quam ipſum quaſi-contractum, putabit, dari quandam actionem communi dividundo, quæ non ſit ex quaſi-contractu. Secundum præſentem explicationem Autoris, dicendum fuiſſet: res dividendas actione communi dividundo, non omnes eſſe communes factas per quaſi-contractum, quæ plane diverſa ſunt a prioribus.

Præſtationes vero perſonales, quæ ex communione proprie dicta veniunt, inſuper ad hanc actionem referuntur, idque volunt verba *§. 3. h. tit. quod ſolus fructus ex illa re perceperit, aut quod ſocius ejus ſolus in eam rem neceſſarias impenſas fecerit.* quo loco per ſocium intelligendus, qui rem habet communem extra ſocietatem, non ſocius proprie dictus. Sunt igitur præſtationes perſonales, quæ non immediate ex re ipſa, ſed e facto perſonali proficiſcuntur; velut, ſi unus in re communi damnum dederit, *l. 16. §. pen. & l. 25. §. 16. fam. erciſc.* vel impenſas fecerit, aut fructus *in rumve* perceperit, *l. 18. §. 3. h. t. l. 4. comm. divid. & l. 3. C. fam. erciſ.* atque hæ quidem in judicium una cum diviſione petita ſemper deducuntur, *§. 4. infra de off. jud.* plane, quoties diviſio petitur, præſtationes perſonales pariter in judicium deducuntur, *l. 3. in pr. Comm. divid.* ut dicendum ſit, actionem pro ſocio dari de præſtationibus, quæ abſque diviſione rerum ipſarum exiguntur, ſcil. quoties inter partes de ſocietate convenit. Igitur, cum materia ſubjecta horum judiciorum ſæpius miſceatur, conſequens eſt, alteram actionem altera tolli, quatenus inquam bis idem peteretur, *l. 38. §. 1. & l. 50. pro ſoc.* ſed in quantum una actione peti poteſt, quod in altera non ineſt, ita cumulative concurrunt; etenim poſtquam res diviſæ ſunt, de præſtationibus adhuc agi poteſt, ſi prius ſint omiſſæ, *l. 43. d. t. pro ſoc.*

6. Eſt autem actio communi dividundo duplex, directa, quæ datur inter eos, qui utrimque ſunt domini, & de rebus ipſis corporalibus dividundis, de qua Cæſar in *hoc textu, & JCtus in l. 4. Comm. divid.* idque ſive rem poſſideat alter, ſive non, *l. 30. eod.* & utilis, quæ datur emphyteutæ, *l. 7. pr. D. eod.* ei, qui Publicianam habet, *d. l. 7. §. 2. & §. 3.* etiam iis, qui jus incorporale, veluti ſervitutis, habent commune, *l. 19. §. fin. eod. tit.* denique & tum, quando res ſunt extinctæ, vel communes eſſe deſierunt, *l. 6. §. 1. & l. 11. Comm. divid. l. 22. §. pen. Famil. erciſc.* Actio familiæ erciſcundæ datur inter coheredes, qui volunt diſcedere a communione rerum hereditariarum, tam ut res dividantur, quam ut præſtationes perſonales ad æqualitatem redigantur, *l. 22. §. pen. Famil. erciſc.* In cæteris eadem ratio eſt hujus judicii, & communi dividundo, *§. 4. h. l. 6. §. 11. D. Comm. dividund.* de quibus v. Cujac. *paratit. C. comm. utrinsque jud.* Tamen hoc intereſt, quod ex ipſis definitionibus liquet, alterum eſſe judicium ſingulare de certis rebus, alterum generale, de rebus omnibus ad hereditatem pertinentibus, quæ referuntur in *l. 19. l. 20. & paſſ. de hered. pet.* non tamen univerſale, quia non datur de juribus & nominibus, *l. 4. pr. D. Famil. erciſc.* quoniam dividi eſt affectio rei corporeæ; ſed actiones & nomina ſunt ipſo jure inter heredes pro partibus hereditariis diviſæ, ac ita ſinguli conveniuntur, & agunt, *l. 6. & l. 7. C. Famil. erciſc.* quomodo tamen judicis officio continetur, ut etiam jura & nomina partiatur, ſaltem quod ad ordinem modumque exigendi, videbimus *infra.* Hoc etiam inter utrumque judicium intereſt, quod familiæ erciſcundæ ſemel tantum agi poteſt, ſiquidem omnia diviſionis capita complectitur; quod ſi, ut fit, aliquid omiſſum ſit,

ſit, in promptu eſt communi dividundo judicium, quod hoc caſu alterius eſt ſuppletorium, *l. 20. §. 4. D. Famil. erciſc.* vid. Bronchorſt. *2. antin. 11.* Cæterum, ſintne actiones hæ perſonales tantum, an mixtæ, quæſtio nobis occurret ad *§. 20. infra de Act.*

7. (d) Quartus quaſi-Contractus eſt Hereditatis ADITIO, ex qua naſcitur actio, quæ *perſonalis ex Teſtamento* dicitur, daturque legatariis & fideicommiſſariis adverſus heredem, ad hoc, ut legata & fideicommiſſa præſtentur, *§. 5. h. l. 5. §. 2. de O. & A.* & hujus quidem ſpeciei non male fundamentum eſſe dicetur voluntas & conſenſus, ſaltem tacitus heredis, qui hoc ipſo, quod hereditatem adit, id in ſe recipere videtur, ut legatariis & fideicommiſſariis ea præſtet, quæ ab defuncto illis relicta ſunt, *d. l. 5. §. 2. l. 3. §. ult.* cum *l. ſeqq. Quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* etiam vero creditoribus hereditariis; Nam & his datur adverſus heredem, verum non ex quaſi-contractu, ſed ex eodem contractu, quo defunctus illis tenebatur. Adeo, ut aditio tantum ſit medium, ſeu conditio ſine qua non; minime vero cauſa formalis ejus actionis, quam habent creditores in heredes, *§. 5. h. tit.* Ratio eſt, quia conditio obligationis ex perſona heredis non mutatur, *l. 2. §. 2. de V. O.* Sed heres per omnia Jure defuncti utitur, eumque repræſentat, *l. 62. de R. J.* datur autem hæc actio ex teſtamento non modo ad ipſa legata, ſed etiam ad fructus uſuraſque petendas a tempore moræ, nihilo ſecus ac in bonæ fidei judiciis, *l. 78. in pr. de Legat. 2. & l. 87. §. 1. D. eod.* licet alioqui natura hujus actionis ſit ſtricti juris, *l. 5.* cum *l. 6. de in lit. jur. l. 3. C. Ex quib. cauſ. in integr. reſtit. arg. §. 28. Inſt. de Action.* Quinimo in cautione legatorum, quæ fit per ſtipulationem, quam maxime ſtricti Juris eſſe conſtat, locum tamen habet incrementum uſurarum ex mora, *l. 1. §. 13. ut legat. ſervand. cauſ. cav.* Cujac. *17. obſerv. 37.* Cod. Fabr. *lib. 6. tit. 24. defin. 1.* Carpzov. *defin. for. p. 2. conſt. 30. def. 20.* Cæterum, quo modo legatum ſit relictum, quoad hanc actionem nihil intereſt; ſiquidem & per vindicationem, res legata perinde actione perſonali, atque rei vindicatione, peti poteſt, *l. 48. §. ult. de Legat. 1. & l. 108. §. 2. eod. tit.*

8. (e) Ultimus quaſi-Contractus eſt, Solutio Indebiti, unde naſcitur condictio indebiti, quæ datur ei, qui per errorem (ſub quo dubitatio, *l. ult. C. h. t.*) ſolvit id, quod naturaliter non debebat, *§. 6. h.* quo pertinet *tit. ff. de condictione indebiti.* de qua præſumptum eſt aliquid *ſupra ad tit. de obligat. quæ re contrah. n. 6.* Ejus cauſa dicitur quidem eſſe tacita obligatio in *l. 13. §. ult. de Commod.* ſed qui hoc accipiendum ſit, initio hujus tituli dictum eſt. Enimvero non eſſe hic proprie dictam obligationem, ſatis docet *l. 19. de reb. cred. in princip.* ubi, *Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat,* ait JCtus, *ſed quatenus id ipſum agitur, ut confeſtim obligaretur,* quia tamen hoc ipſo, quod ſolvimus, aliquid negotii gerimus, *l. 33. de condict. indeb.* ſatis cauſæ eſt, ex qua lex obligationem quaſi tacitam educere queat, *d. §. ult.* ac ita capiendum, quod *in fine §. 6.* habetur; perinde is, qui accepit, obligatur, ac ſi mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur; de qua comparatione diximus *ad tit. de obl. quæ re contrah. n. 6.*

(d) *Poſ. 19. 20.* (e) *Poſ. 21. & ſeq.*

SCHOLIUM.

Non ſequitur tamen, hanc obligationem non eſſe proprie dictam, quod vult Autor propter d. l. 19. pr. de reb. cred. *ad quam quidem facilis eſt reſponſio: niſi forte* conventionem *pro* obligatione *dicere voluit Noſter.*

RESPONSIO.

Mea ſic eſt ratio; Proprie tacitam eſſe obligationem, quando partes non exprimunt quidem, ſed tamen hoc agunt, ut obligentur, d. l. 19. *ut in ſpeciebus ſocietatis mandatique taciti vidimus. In ſolutione autem indebiti, nihil minus quam id agitur, ut pecunia reddatur, verum ut in ſolutionem cedat, aliud nihil cogitant.*

N. ADDIT.

Hic ante omnia integrandum eſt Scholium, ab Autore capite truncatum. Dixerat Autor, Fundamentum repetitionis eſſe errorem. Adnotaveram, Remotum ſcilicet; proximum enim eſt obligatio ex quaſi-contractu, ſeu conventione præſumpta, quæ tacita vocatur in *l. 13. §. ult. Commod.* improprie, vid. Prælect. *Tum ſubjunxeram ſtatim ſcholium prout hic eſt poſitum.* Unde tamen non ſequitur &c. *Facile vero apparet, cur Autor omiſerit verba initialia, ne videlicet lector ſentiret mutationem ſtatus controverſiæ. Aliud eſt, ex ſolutione indebiti oriri* obligationem impropriam; *aliud, hanc obligationem eſſe* improprie tacitam. *Poſterius ipſe conceſſeram, ſed prius ſaltem impugnaveram, quod dixerat Autor, ſubeſſe hic obligationem impropriam.*

Ergo

Ergo jam in reſponſione id aſſumit, de quo non eſt lis. Id tamen liceat adverſus eum ex hac reſponſione notare. Concedit Autor, dari obligationes tacitas improprie. Concedit Autor, has obligationes tacite improprias pertinere ad quaſi-contractus. Ergo hac confeſſione illa deſtruit, quæ alibi contra nos urget, quod diſtinctio inter conſenſum tacitum & præſumptum, ſive hunc improprie tacitum, ſit inutiliter illata in artem. Vide quæ diſceptamus hac de re ad tit. Pandect. de procurat. n. 4. *Item ex hac confeſſione poterunt ea impugnari, quæ in Pandectis paſſim mihi opponit, quod numerum quaſi-contractuum nimis extenderim. Vide potiſſimum novam additionem* ad tit. ad exhibendum. n. 1.

Cæterum, errore ſolutum oportet eſſe, quod condicetur; ubi anceps occurrit quæſtio, juris etiam error, an facti duntaxat intelligendus ſit. Videtur rotunda eſſe deciſio in *l. 10. C. de Jur. & fact. ign.* Cum *quis jus ignorans indebitam pecuniam ſolverit, ceſſat repetitio; per ignorantiam enim facti tantum, repetitionem indebiti ſoluti competere, tibi notum eſt.* Licet autem *in tit. de condict. ind.* error ubique ſimpliciter memoretur, eſt tamen ita, quod erroris vox ſimpliciter poſita, de facti errore ſoleat intelligi, *l. 9. §. 5. verſ. quod ex cauſa. & verſic. nam initium. de jur. & facti ignor.* Res tamen prædura videtur, condictionem hanc, quæ ex bono & æquo in hoc introducta eſt, ut quod alterius apud alterum ſine cauſa deprehenditur, revocetur, *l. 66. de condict. indeb.* negare propter innocuum juris errorem; maxime, cum generaliter ſit traditum, juris ignorantiam non prodeſſe quidem acquirere volentibus, ſuum vero petentibus non nocere, *l. 7. de jur. & fact. ignor.* Quo loco nimis illa ſubtilis interpretatio videtur, qua eum, qui indebitum ſolutum condicit, non ſuum, ſed amiſſum repetere, cavillantur diſſentt. & juris errorem non nocere quidem volunt in damnis rei amittendæ, ſecus in re amiſſa; cujuſmodi pecuniam indebite ſolutam eſſe, interpretantur, eo quod ſolutio ſit ſpecies alienationis, & condictio rem non ſuam ſupponat, *§. 14. Inſt. de Action.* Etenim quamvis ſuum proprie debito opponatur, *l. 27. §. 2. & l. 34. in pr. de aur. & arg. leg.* non raro tamen ſuum idem quod debitum ſignificat, *l. 6. §. 6. de his, quæ in fraud. credit. l. 5. §. ſi cum. de except. dol. & l. 5. C. de hered. petit.* ut & in definitione Juſtitiæ jurisque præceptis, *ſuum cuique* uſurpatur; nec dubitandum, quin hoc loco, ubi de ſenſu æquitatis naturalis agitur, *ſuum* in latiore ſenſu ſit accipiendum. Quis enim dixerit, iniquum eſſe, ut juris error innoxius ſit ei, qui rem ſuam perſequitur, quam forte aliis debet; non eſſe iniquum, ut rem ſibi debitam, quam forte pluris interſit ejus habere, petenti opponatur? Et hæc æquitas manifeſto approbatur in *l. 1. pr. ut in poſſeſſ. legat. & l. 7. de condict. dat. cauſ. non ſec.* ubi non obſcure juris error in eo, qui ignorabat ſe doli exceptione uti poſſe, animadverti poteſt, nec multo ſecus in *l. 32. §. 1. de condict. indeb.* Apertiſſime, ni fallor, in *l. 1. C. de condict. ob cauſ. dat.* ubi mulier avunculo dotem dedit, putans, ſe cum eo contrahere poſſe matrimonium, quo non poteſt liquidior eſſe juris error; nihilominus ei datur condictio. Secundum hæc, textus in *d. l. 10. C. de jur. & fact. ignor.* intelligendus videtur de ejusmodi caſu, qualis eſt in *l. 9. C. ad L. Falc. & l. 9. §. 5. de jur. & fact. ign.* ubi heres, qui per juris errorem integra ſolvit legata, non poteſt condicere quartam L. Falcidiæ, qua uti ſe poſſe ignoravit. Cauſa enim ibi ſubeſt naturalis obligationis, qua fit, ut heres, qui Falcidia ſuperſedit, pleniore pietatis officio functus dicatur, *l. 5. §. 15. de donat. int. vir. & uxor.* Condictio indebiti æquitate naturali inprimis nititur; proinde ubi is, qui ſolvit, ex aliqua naturali æquitate fuit obligatus, jam ceſſat ratio, quæ condictioni cauſam præbuit. Forte nec erit alienum dicere, Impp. in *d. l. 10.* reſpicere ad id, quod in *l. 2. & ult. ejusd. tit.* tradunt; condictionem indebiti non habere locum in cauſis lucrativis. Latius hoc agit D. Vinnius *comment. ad hunc §. 6. n. 3.* Diſſent. multi, etiam noſter D. Wiſſenb. *diſp. ad Inſt. 39. th. 17. & part. I. ad Pand. diſp. 43. th. 14.* D. Voet. *comment. ad d. §. 6.* qui idem ſtatuit de ſolutione indebiti facta per ſocordiam atque ſupinam negligentiam, quia ſic in *l. 3. §. 1. de jur. & fact. ignor.* ſcriptum ſit; ignorantiam facti ſic demum prodeſſe, ſi non *deperditi & nimium ſecuri* hominis ſit, ut in *l. 6. eod. nec ſupina ignorantia ferenda eſt factum ignorantis.* ſed de craſſa facti, idem quod de juris ignorantia, mox docetur *in l. 7.* & quod memoravimus, tenendum videtur, ut non tam ad ſuum repetendum, quam acquirere volentibus objiciatur. Cæterum hoc ſine difficultate concedendum; Si is, cui indebitum ſolutum eſt, ſine fraude rem amiſerit, pro parte, vel totam, quod tantum quatenus inde locupletior eſt, teneatur, *l. 26. §. 12. verſ. hoc ſolum.*

Digitized by Google

& l. 65. §. 8. eod. tit. Duaren. *ad d. tit. cap. 9.* Atque hæc de indebito & de errore generaliter.

9. Videtur autem Indebitum quodammodo eſſe duplex, ex re, & ex perſona. *Prius*, quando id, quod ſolutum eſt, vere non debetur. Ex *perſona*, quando quidem debetur id, quod eſt ſolutum, ſed non ab eo, qui ſolvit, vel non ei, cui ſolutum eſt. Ex utroque datur condictio; nam etiam cum tu mihi ſolviſti, quod amicus tuus mihi debeat, condictio tibi datur, *l. 19. §. 1. D. de condict. indebit.* tametſi obſtet *l. 44. D. eod. tit.* quam alii volunt loqui de eo, qui ſolvit nomine veri debitoris. Ita Cujac. *l. 8. obſervat. c. 9.* Giphan. in *l. 16. de condict. indeb.* Donellus 14. *comment. c. 13.* & alii; Eſt quidem illa reſponſio divinatoria, ſed ego ita exiſtimo, ſatius eſſe divinationes, quam ἀντινομίας admittere; modo ſint ejuſmodi conjecturæ, quæ ex ipſis textibus aliisve juris fundamentis refelli nequeant: Si cui tamen hæc minus hariolatio placet, is & aliter poteſt; Sic enim verba textus; *Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum recepit, tametſi ab alio quam a vero debitore ſolutum eſt;* ſi heic *ſuum* in proprio ſtrictoque ſenſu accipere velis, quem paulo ſuperius deſignavimus, dic, creditorem in hac *l. 44.* rem propriam accepiſſe, quam nulli reddere debeat, ſiquidem adverſus omnes juſti dominii habet exceptionem; ut docet exemplo JCtus in *l. 33.* verb. *ſed ſuam rem. D. eod. tit.*

10. Ut autem Condictio locum habeat, oportet id, quod ſolutum eſt, ſaltem naturaliter non deberi, licet civiliter debeatur; nam *v. gr.* quod quis metu coactus, vel dolo deceptus, promiſit, & ſolvit, hoc poteſt condicere, quia ſufficit naturaliter non deberi, *l. 41. de condict. indeb.* Contra, quod naturaliter debetur, etſi civiliter indebitum, hoc non poteſt condici: ut exemplo notabili patet ex *l. 60. eod. tit.* ubi debitor ſententia Judicis abſolutus, adeoque exceptione perpetua tutus, tamen non poteſt repetere quod ſolvit; ut non immerito Marcianus dicat in *l. 40. pr. eod.* non eſſe perpetuam hanc regulam, *Qui exceptionem perpetuam habet, eum ſolutum repetere poſſe;* ne quidem eo ſenſu, quem JCtus excipit; cum exceptio in favorem ejus, qui ſolvit, introducta eſt: nam exceptio rei judicatæ eſt hujus naturæ ſine dubio, neque tamen condictionem tribuit, quatenus ſcil. ſubeſt ſolida naturalis obligatio: Dico ſolida; nam ſecus eſt, ſi jus civile naturalem illam obligationem tollat & evertat; veluti eſt obligatio pupilli, & mulieris fidejubentis, quæ licet naturaliter valeant, tamen quia Jure Civili infirmantur, Condictio inde naſcitur, *l. 40. D. condict. indeb.* At ibi tum applicanda eſt modo indicata Marciani diſtinctio, utrum jus civile labefactet obligationem naturalem in gratiam favoremque debitoris, an vero in odium creditoris: Nam ſi hoc, tum, utcumque lex aboleat vim obligandi naturalem, non eſt tamen ut debitor habeat condictionem; *Veluti, ſi filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, & paterfamilias factus ſolverit*, non repetit, habetur in *d. l. 40. fine pr.* Quod ſi adhuc in poteſtate exiſtens ſolverit, tamen condictio negatur, per *l. 14. de reb. cred.* quæ indiſtincte loquitur, ut & *l. 26. §. 9. de condict. indeb. & l. 9. §. pen. ad SC. Macedon.* Verum, quod ex teſtamento jure invalido ſolutum eſt, pertinet ad regulam fractæ Jure Civili obligationis naturalis, & repeti poteſt, *l. 2. §. 1. h. t.* quanquam, ſi heres cognito teſtamenti tenore, vitioque perſpecto, ex conſcientia ſatisfaciendi teſtatoris voluntati, ſolverit, repetitio nulla datur, *l. 2. C. de fideic.* Ad eandem regulam pertinet, ſolutio integri legati, ſine detractione Legis Falcidiæ, ſiquidem heres in facto circa vires hereditarias erraverit, *l. 9. C. ad L. Falcid.*

11. Etiam quod in diem debetur, ſi ante diem ſolutum eſt, non poteſt condici, quoniam & ante diem debetur, *l. 10. eod. tit.* Nec ratio apparet, quare debitor interuſurii nomine, hoc eſt, ratione ejus quod intereſt propter commodum medii temporis, quo creditor pecuniam habuit, antequam exigere potuiſſet, quicquam petere poſſit: Nam cauſa uſuræ in ſtrictis contractibus eſt ſtipulatio duntaxat, *l. 3. C. de uſur.* in bonæ fidei judiciis mora & pactum, *l. 32. §. 2. & alibi de uſur.* diſtinctio Molinæi *de comm. & uſur. quæſt. 64. n. 497. & ſeqq.* inter anticipatum tempus modicum, & non modicum, æquitatis ſpecie blanditur, nec ab uſu judiciorum forte aliena erit, at juris auctoritate deſtituitur, Perez. *ad tit. C. de condict. indeb. n. 5.* Coſtal. *in l. 10. D. eod.* Quod ſub conditione debetur, ante conditionem exiſtentem ſolutum, repeti poteſt, *l. 16. pr. & l. 60. pr. d. t.* Ratio ex iis, quæ ſupra *ad tit. de verb. obligat. n. 4.* dicta ſunt, facile percipi poteſt. Si tamen conditio ſit ejuſmodi, quæ omnino ſit extitura, nec deficere queat, ſolutum non repetetur, *l. 18. d. t.* Quid ſi in diem incertum debeatur, & ante diem ſolvatur, ſcriptum eſt, diem incertum facere conditionem,

Digitized by Google

tionem, *l. 75. de C. & D.* niſi perinde ſit ejusmodi dies, quæ incerta quidem eſt *quando*, certa tamen eſt aliquando extitura, *l. 17. de condict. indeb.*

12. Tres ſunt cauſæ, in quibus omnino ceſſat condictio indebiti, ſcilicet actiones, in quibus lis inficiando creſcit in duplum, ‡ quæ ſunt, Legati piis locis relicti, legis Aquiliæ, & Depoſiti miſerabilis, quod incendii, tumultus, ruinæ, naufragii cauſa eſt depoſitum *l. 1. §. 1. & ſeq. Depoſit. §. ult. h.* Ratio, cur in his judiciis ceſſet condictio, ſatis eſt obſcura, etiam ea, quam plerique reddunt, quod ſolvendo quaſi tranſactum ſit de duplo, ad quod tenentur hi, qui vel de fraude ſunt convicti, vel primo ſe reos eſſe, ex hiſce cauſis inficiati ſunt.

SCHOLIUM.

Sed quid obſcuritatis hic ſubeſt, ſi dicas, leges in his caſibus præſumſiſſe transactionem? Sane ipſe Autor fatetur, id quod nomine transactionis datur, non poſſe condici tanquam indebitum, quamvis ſine cauſa vera præcedente detur. Ergo qui in cauſa depoſiti miſerabilis quid ſolvit, præſumitur id non ex errore ſolviſſe, ſed ex metu dupli. Non obſtat l. ult. C. h. t. *utpote quæ loquitur de metu & anxietate in genere, in quo leges nullam transactionem voluere præſumere. Ibi ergo regula traditur,* hic *exceptio.*

RESPONSIO.

Exemplo res patebit. Conveniris de damno dato. Putas, te dediſſe damnum; ſolvis æſtimationem ultro. Nec infitiationis, neque doli ulla mentio. Intelligis dein errorem fuiſſe, alium eſſe reum. Quid hic ſimile transactioni de duplo? Si quis tamen velit, hic eſſe præſumptionem illam; fiat; non repugno. Mihi non poteſt non obſcurum videri. Vid. §. ult. h. t.

N. ADDIT.

Vereor, ne nunc ſit ignorantia affectata. Nam prout Autor caſum format, multa ſunt monenda. Putas, *ait*, te dediſſe damnum, & ita ſolvis ultro. *Diſtinguendum: ſi alius dedit, & nemo eſt qui me perſuadet, me dediſſe, vix caſus eſt dabilis, quod ſim ultro ſoluturus. Si actor doloſe me perſuaſit, poſſum repetere. Nam etſi transactio præſumatur, tamen transactio doloſa reſcinditur.* Porro, *ait Autor*, infitiationis tamen hic nulla facta mentio. *Quid inde? Sufficit, quod Romani ſcirent, eum qui infitiaretur, teneri in duplum. Ipſi enim vulgo ſciebant jura patria, lingua patria profeſſa. Adeoque non æſtimandi ſunt ex nobis, qui jura peregrina habemus, ex quibus judicatur, quæ tamen populus ignorat.*

Adde Vinn. *ad hunc §. ult. n. 2.* ubi ſuggerit duas exceptiones alias; Prima eſt de dote, quæ ſi data ſit a matre, ab amita, vel ſorore, aliisve pietate productis perſonis, & putantibus ſe eſſe obligatas, cum non eſſent, non repetitur, *l. 32. §. 2. h. t.* Ex qua tamen non liceat ita colligere; condictionem indebiti ceſſare in cauſa dotis; quia non aliter hoc obtinet, quam ubi pietas inducit præſumptionem, quod ex affectu ſponte dotem datura fuerit; quemadmodum & JCtus in *d. l. 32. §. 2.* ſublata, ait, opinione falſa, *relinqui pietatis cauſam, ex qua ſolutum repeti non poſſet.* Multo minus recte dicitur, in cauſa transactionis hanc ceſſare condictionem. Imo, qui ſolvit quaſi ex transactione, quæ facta non eſt, repetere poteſt, utpote ex falſa cauſa datum, *l. 23. in pr. de condict. indeb.* quod eſt veriſſimum hujus condictionis ſpecimen & exemplum. Etenim, quod his, qui vere tranſegit de lite, quæ per calumniam ei movebatur, cum nulla ſubeſſet cauſa litis ſolida, non poteſt repetere quod dedit; id ad hoc caput nullo modo pertinet, ſed ad diverſiſſimam quæſtionem, an ſcilicet transactio poſſit reſcindi, ex eo quod nulla cauſa media fuit, quæ tranſigendi neceſſitatem inferre potuiſſet; id quod negatur *l. 2. & l. 19. C. de transact. l. 65. §. 1. de condict. indeb.* ubi addit JCtus, *nam ſi lis fuit, hoc ipſum quod a lite diſceditur, cauſa videtur eſſe.* Condictio indebiti ceſſare dicitur, quando quod ſolutum eſt ex aliqua cauſa, repeti nequit, etſi probetur cauſam illam eſſe falſam; Proinde, ſi repeti non poſſet, quod titulo transactionis ſolutum eſt, cum transactio nulla præceſſerat, tum vere ceſſaret condictio; at hoc falſum eſſe, probat *d. l. 23. in pr.* Eadem ratio exceptionis eſt, quam de cauſa jurisjurandi, *§. 11. Inſt. de Action.* & Rei judicatæ, *l. 1. condict. indeb.* vulgo comminiſcuntur. Sane quod quis ſciens indebitum ſolvit, animo repetendi, nullo modo repeti poteſt, *l. 1. & l. 50. de condict. indeb.* ſed non eſt hæc exceptio, quia non eſt de regula, quæ de ſolutione per errorem facta loquitur. Donell. 14. *comment. 25.*

‡ Hæ tres Actiones, Legati piis cauſis relicti, Legis Aquiliæ, & Depoſiti miſerabilis, etiam apud Saxones pœnales ſunt, *§. 2. I de Action. lege 2. §. 1. D. ad L. Aquiliam, lege 1. §. 1. 4. D. Depoſiti* expreſſa ſanctione confirmatis & in uſum revocatis. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XVI. §. 3.*

Digitized by Google

Tit. XXIX.

Per quas perſonas nobis obligatio acquiritur.

HUjus tituli notitia pendet ex eo, quem ſupra habuimus, *per quas perſonas cuique acquiritur.* Notum eſt, alii per alium non acquiri obligationem, niſi per eum, qui in poteſtate noſtra ſit, veluti per filiumfamilias, & per ſervum. Pater igitur acquirit obligationem, quam filius contraxit ratione peculii profectitii, ſed quam ex peculio adventitio acquiſivit, ejus proprietas ad filium, uſusfructus ad patrem pertinet; quæ autem ex peculio caſtrenſi, vel quaſi-caſtrenſi oriuntur, ea cuncta penitus & pleno jure filio acquiruntur, *in pr. hoc tit.* Proinde, ſi quid filius ſtipuletur ex cauſa profectitia, id Patris pleno jure fit, *§. 1. h. d. l. 6. pr. C. de bon. qu. lib.* Duntaxat, ſi filius tempore contractus in poteſtate fuerit; tametſi enim emancipetur antequam debitum ſit exactum, manet tamen actio Patris, quia in ſtipulationibus id tempus, quo contrahitur, ſpectamus, *l. 144. §. 1. de R. J.* Imo in conditionali contractu, ſi ante exiſtentem conditionem filius emancipetur, licet obligatio tum demum naſcatur, Patri tamen acquiritur, *l. 78. de V. O.* niſi conditio pendeat ab arbitrio factoque filiifamilias, *l. 132. §. ult. eod. & l. 11. §. 1. Qui pot. in pign.* vel ſub hac conditione, ſi juris ſui factus erit, ſtipulatus ſit filius, aut ſervus, niſi rurſus dolo id fecerint, *l. ult. de ſtipul. ſerv.* At in legatis aliter ſe res habet; Quod enim filio ſub conditione relinquitur, eo mortuo, vel emancipato ante conditionem, Patri non acquiritur, quia legata, priusquam deberi incipiant, vires non capiunt, *l. 18. de R. J. & l. 5. §. 2. Quando dies leg. ced.* adde quæ dicta *ad pr. & §. 1. d. tit. per quas perſonas.* Per ſervos indiſtincte acquiritur obligatio, qui modo noſtri ſunt, nam per alienos & bona fide poſſeſſos, non niſi duabus cauſis acquiritur, ſcilicet, ex operis illorum, & ex re domini, *§. 1. & 2. h.* Per ſervum communem dominis pariter pro rata acquiritur, niſi nomine, vel juſſu unius contraxerit; tunc enim illis duntaxat acquirit, quorum nomine, quorumque juſſu contraxerit, *§. ult. h. t.*

Tit. XXX.

Quibus modis tollitur Obligatio.

De modis tollendi Obligationem ipſo jure, generaliter, & de Solutione. Quis cui ſolvere poſſit. De acceptilatione. De novatione. Diverſi effectus novationis voluntariæ & neceſſariæ. De Compenſatione. De contrario conſenſu. De modis aliis tollendi Obligationem.

(a) NOn ſine ratione methodi ratio in hoc capite a Juſtiniano exigitur, quod de modis obligationem tollendi agit, antequam de obligationibus tractatum abſolverit; cum alter earum fons & quaſi mater adhuc ſuperſit, quæ eſt maleficium. Ratio duplex reddi poſſe videtur, prima, quod modi quibus tollitur obligatio, longe frequentiores ſint in contractibus quam in delictis; altera, quod hi modi ſint voluntarii omnes, partiumque conſenſu perficiantur: cum delicta ſint obligationes involuntariæ, interque invitos ſolummodo conſtent. Maluit igitur Cæſar affectionis hujus cum materia proxima, quam ordinem univerſæ partitionis conſiderare, quod & gratius Lectori evenire videtur. Tolluntur autem Obligationes, vel ipſo jure, vel per medium exceptionis. Modi, quibus ipſo jure tolluntur, heic loci quatuor tractantur, Solutio, Acceptilatio, Novatio, & contrarius Conſenſus. Solutionis vocabulum late, vel ſtrictius in jure uſurpatur. Late, pro quavis liberatione, ſive cujuslibet obligationis ſolutione, quæ fit ipſo jure, hoc eſt ita, ut debitum ſine ullo actu judiciali penitus aboleatur, & jus creditoris funditus extinguatur ita ut nulla ei actio amplius ſuperſit, *l. 54. de ſolut. & l. 176. de V. S.* Per modum exceptionis obligatio tolli dicitur, quando jus creditoris in ſe adhuc durat, actioque ab illo inſtitui poteſt, ſed æquitatis intuitu per exceptionem eliditur, de quibus *tit. Inſt. de except.*

2. (b) Solutio ſtricte ſumpta quaſi per excellentiam, definitur; Naturalis præſtatio ejus quod debetur, *l. 49. & l. 52. de Solution.* Dicitur *naturalis*, hoc eſt vera & propria, quando res

(a) *Poſ. 1. 2. 3.* (b) *Poſ. 4. & ſeqq.*

ipſa,

Digitized by Google

ipſa, quæ debetur, traditur; aut cum nummi debiti adnumerantur, vel ut olim, appenduntur. Vim verbi, *naturalis*, Græci efficaciter exprimunt, quando ſolutionem vocant καταβολὴν, & ſolvere καταβάλλειν, quaſi projicere, aut adjicere & effundere nummos, quod & Galli ſua Lingua imitantur, qui *bailler* projicere, frequenter pro ſolvere uti ſolebant, neque vernaculum *ſchieten, tellen*, unde *betâlen*, hinc alienum eſt. Voce *naturalis* diſcernitur etiam ſolutio ab acceptilatione, quam eſſe imaginariam ſolutionem, mox intelligemus. Ipſa quoque res debita, inquam, ſolvi debet, alioqui non eſt præſtatio naturalis, ita ſcil. ut res fungibiles in eodem genere ſolvi ſufficiat, *l. 2. §. 1. D. reb. cred.* quemadmodum ſupra in capite de mutuo intelleximus: nam ſane qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio ſolvere, *arg. l. 1. de contrah. empt. & l. 65. §. 1. de V. O.* Seneca *6. de benef. c. 5.* Species autem, ſive corpora, in eadem ſpecie reddenda ſunt, nec enim poteſt aliud pro alio ſolvi invito creditori, ſed volenti poteſt, *in pr. hoc tit. d. l. 2. §. 1. & l. 80. de ſolut.* Si vero contentus ſit creditor accipere aliud pro alio in ſolutum, nihil eſt quod impediat, vel ſpecies dare pro pecuniis, etiam in illis contractibus, quorum ea proprietas eſt, ut pecuniam numeratam exacte in contrahendo requirant, *l. 17. C. de ſolut. & l. 9. C. de reſcind. vend.* qui tamen auri argentive certum pondus debet, ſolutione pretii ejus liberatur, *l. 1. in f. l. 9. & l. 35. de aur. arg. leg.* Etiam quando quis decem in certa materia v. c. mellis debet, tum electio, & debitoris, & creditoris eſſe videtur, utrum mellis eam quantitatem, quæ talis ſit pretii, an decem ſolvere, vel petere velint; debitoris ante, creditoris poſt litem conteſtatam electione, *l. 57. de ſolut.* actum enim eſt in illis caſibus de materiis corporalibus ſeu quantitatibus pretioque æſtimatis. Sæpe etiam fit, ut ex poſtfacto, ſi res vel quantitas debita perierit, aut præſtari nequeat, ut tum ad æſtimationem in pecunia numerata agatur, *l. 22. de reb. cred. l. 3. §. 3. de action. empt. & l. 59. de V. O.* manet enim idem debitum, quando rei, quæ mercis numero habetur, in pecunia numerata ſit æſtimatio, ut etiam fidejuſſor in eum caſum accipi poſſit; quod vice verſa, ut pro eo, qui pecuniam debet, fidejuſſor in rem, aut quantitatem aliam interveniat, fieri non poteſt, *l. 8. §. 8. & l. 42. de fidejuſſ.* Sane, quando in bonis debitoris pecunia non reperitur, res loquitur, aliunde ſolutionem conficiendam, reſque debitoris creditori eſſe addicendas, *Nov. 4. c. 3.* quin hoc etiam in nummis eſt verum, non cogi creditorem in aliam formam nummos accipere, ſi ex ea re damnum aliquod paſſurus ſit, *l. 99. de ſolution.* quod refer ad ea, quæ dix. *ad tit. de obligat. quæ re contrah. n. 4.* nam prout quidque contractum eſt, ita & ſolvi debet, *l. 8. de acq. poſ.*

3. Unde etiam recte concluditur, quod nec invito poſſit obtrudi ſolutio per partes. Quia totum, non pars debetur, & ſolutio particularis minus eſt commoda, *l. 3. famil. erciſcund.* adeo ut ſi quis debitum non totum conſignaverit, de ſumma tota uſuras debeat, *l. 41. §. 1. de uſur.* & ſi quis ſub pœna certam ſummam promiſerit, is partem ſolvendo nulla parte pœnæ liberatur, *l. 25. §. 13. Famil. erciſcund.* nec emptor parte pretii ſoluta, partem ullam rei emptæ petere poteſt, *l. 13. §. 8. de Action. empt.* neque debitor ſolvendo partem, diſtrahendi pignoris facultatem creditori adimit, aut minuit, *l. 16. eod.* adde *l. un. C. ſi unus ex plur. hered.* Sane, cui libertas ſub conditione dandi relicta eſt, is heredem ad accipiendam partis ſolutionem, favore libertatis cogere poteſt, *l. 4. §. 6. de ſtatu lib.* & ſi debitum pro parte ſit liquidum, pro parte controverſum, tum liquida pars ſolvi poteſt etiam invito, ut ita de controverſa duntaxat litigetur, *l. 21. de Reb. Credit.* denique arbiter in judicio familiæ erciſcundæ inter cohæredes quidem nomina partiri poteſt, ſed hoc nullam juris diviſionem inducit, nec creditoribus, ut pars petenda ſit, præjudicat, *d. l. 3. Famil. erciſc. l. ult. de diſtract. pignor. l. 9. ſi pars heredit. pet.* Nec in *l. 9. §. 1. de ſolut.* quæ objicitur, quicquam eſt, quo per partes invito ſolvi probetur, nec etiam in *l. 2. §. 1. & 2. de V. O.* quin etſi per partes debitor acceperit, ſi tamen ſimpliciter ſe obligavit ad reſtituendum, verius eſt, eum ad totum teneri reſtituendum, *l. 80. de ſolut. & l. 27. de R. J.* ſolvendum etiam eodem loco, quo convenit, *l. 9. de eo, quod certo loco.* ut invitus creditor alio loco accipere non cogatur, *l. 2. §. 7. eod. l. 16. §. 6. de fidejuſſor. l. 10. C. de uſur. & l. 5. §. 1. depoſ.* Cur igitur officio judicis ineſſe dicitur, ut rationem loci, vel temporis habeat, *in l. 5. pr. divid. Comm.?* nam quod vi conventionis jure debetur, officio judicis non indiget, cum hæc duo opponantur, *l. 7. de neg. geſt.* At hoc quidem per omnia non ita ſe habet. Ego enim ita exiſtimo, nihil eſſe in officio judicis, quod non

Digitized by Google

ſaltem implicite inſit in ipſa obligatione, ut alias latius; ſed hunc quidem textum ſatis explicat JCtus *in l. 137. §. 2. de V. O.* ſcilicet, de tempore, quod in loco tacite continetur, definiendo. Nihil etiam hærendum, quin tempus obligationi adjectum, ſit ita ſervandum, *l. 44. §. 1. de O. & A.* juncta *l. 23. de R. J.* Poſſe tamen ante diem ſolvi etiam invito creditori, probavimus *ad tit. de Verb. Oblig. n. 3. ſub fin.* ſine ullo tamen creditoris detrimento; Nam ſi debitor velit uſuras deducere, quas uſque diem conſtitutum creditori prorogaverit, nihil agit, *l. 122. pr. de V. O.* quamvis alioqui non interſit, gratuita an uſuraria ſit pecunia, Sand. *3. deciſ. 16. def. 1.* Recuſatæ autem a creditore pecuniæ, hic erit effectus, quod interim ſi pereat, damnum hoc iniquæ recuſationis habeatur, idque creditori incumbat, *l. 72. in pr. d. t. de ſolut.* modo tamen opportuno loco & tempore ſit oblata ſolutio, *l. 39. de Sol.* nec id vero de qualibet defunctoria recuſatione vel dilatione, noli intelligere, *l. 102. de V. O.* ſed oportet debitorem ſerio conteſtari, & ſi creditor perſeveret, in publico deponere & obſignare pecuniam, *l. 19. C. de Uſur.* Proinde, non prohibetur etiam poſt diem creditor actionem inſtituere, modo pecunia tum extet, *l. 11. de conſtit. pecun.* Cæterum, in ultimis voluntatibus paulo ſecus eſſe videtur, utique in fideicommiſſo in diem reſtituendo, *l. 10. ad Sc. Trebell.* Dedimus aliam limitationem *cit. n. 3. in fin.* Diſſent. Cujac. *23. obſervat. 23.*

4. Nihil intereſt ad tollendam obligationem, debitor ipſe ſolvat, an alius pro illo, quamlibet invito, *h. pr. l. 39. de negot. geſt.* invito quidem non ſit beneficium, *l. 69. de reg. Jur.* ſed limitatur hæc regula. 1. Facto non poteſt, vi legis poteſt. 2. niſi interſit tertii, quemadmodum hic intereſt creditoris. Ei tamen, qui pro invito ſolvit, non videtur actio dari adverſus alterum, pro quo ſolvit, niſi ei a creditore ceſſa fuerit, *l. ult. C. de negot. geſt. arg. §. 1. ſupr. de obligat. ex quaſi-contr.* Cæterum, fidejuſſores pignoraque liberari per ſolutionem ab reo principali factam, & vice verſa, per ſolutionem fidejuſſorum debitores liberari, ſponte ex his conſequitur, *d. pr. in fin. l. 43. de ſolution.* neque tamen ſemper, debitore liberato v. gr. præſcriptione temporis, fidejuſſor liberatur, ut eſt ſpecies *in l. 38. §. 1 en. de ſolution.* ſic etiam, ſi fidejuſſor ſolus moram fecerit, aut per eum ſteterit, quominus res, quæ interim periit, præſtaretur, reo liberato, ipſe adhuc utili actione ex ſtipulatu tenetur, *l. 32. §. ult. de uſur. l. 49. in pr. de V. O.* Cum fidejuſſore comparatur quidem mandator, *rubr. de fidejuſſ. & mandator.* hoc tamen intereſt; quod, mandatore ſolvente, reus non liberatur ipſo jure, *l. 28. Mandat.* quia mandator propter ſuum mandatum & ſuo nomine, quod ſecus in fidejuſſore, ſolvit, *d. l. 28. & h. pr. in fin.*

(c) *Poſ. 8. & ſeqq.*

5. (c) Acceptilatio eſt liberatio per mutuam interrogationem, *l. 1. Accept.* ſive eſt verborum conceptio, qua creditor debitorem ita liberat, ac ſi ſolviſſet, unde vocatur imaginaria ſolutio, *εἰκονικὴ καταβολὴ*, *in §. 1. in pr. h. t. l. 5. & l. 16. h. t.* Gloſſarium Juris, acceptilationem vult eſſe *τὴν εἰκονικὴν λῆψιν, τὸν τύπον μόνον καὶ σκιὰν σώζουσαν τῆς λήψεως, οὐ μὴν καὶ ἔργον. Imaginariam acceptionem, typum duntaxat ac umbram receptionis ſervantem, non rem ipſam, ἣν καὶ ἀθώωσιν ὠνομάζουσι, διὰ τὸ ἀθωοῦν καὶ ἐλευθεροῦν τὸν ὑπεύθυνον, quam & abſolutionem vocant, quia reus per eam abſolvitur & liberatur.* Imaginaria dicitur reſpectu ſolutionis, quæ *Φυσικὴ*, *naturalis* eſt: alioqui vera & ſolida liberatio eſt acceptilatio, habens verum atque realem effectum, ut imaginarium idem ſit, quod ſymbolicum, cum verus ſolidusque actus pari effectu per ſymbolum & imaginem exercetur. Uſus ejus eſt, ut interponatur a creditore, aut donandi animo, vel ob tranſactionem implendam, aut alterius rei perſonæve reſpectu, ſed abſque præſtatione ejus, quod vere debetur, *d. §. 1. h. t.* quinimo ſi vocem ſolutionis generaliter accipiamus, ut ſuperius expoſitum eſt, tum & veræ ſolutionis nomen habere poteſt acceptilatio, ut omnem ſatisfactionem complectatur, *l. 176. de V. S.* juncta *l. 9. §. 3. de pign. act.* patetque adeo differentia ejus ab apocha, quæ eſt confeſſio ſolutæ pecuniæ, *Quitaucie*, cum acceptilatio ſit *quijt-ſcheldinge*, *l. 16. §. 1. de acceptilat.* Quia autem ſolennibus verbis fiebat acceptilatio, idcirco ſola verborum obligatio per eam tollebatur, donec inventa eſt Aquiliana ſtipulatio, in quam reliquæ obligationes transfunduntur, transfuſæ per acceptilationem perimuntur, *§. 2. h.* Ex. gr. debentur mihi centum ex empto; Rogo debitorem; centum quos ex empto mihi debes, hos tu mihi dare ſpondes? ait ſpondeo.

tum

Digitized by Google

tum ille; centum quos ego tibi dare ſpopondi, hos tu mihi acceptos fers? acceptos fero. Atque hoc ſenſu dicitur acceptilatio eſſe juris gentium, quod ad effectum ſcil. quia non jam civiles tantum, ſed & juris gentium obligationes tollit, *l. 8 in fin. D. de Acceptilation.* Enimvero, ſi acceptilatio facta ſit abſque novatione Aquiliana, licet ipſo jure non tollat actionem, per remedium tamen exceptionis idem adſequitur, quoniam acceptilatio inutilis vim valoremque pacti habet, *l. 8. pr. & l. 19. in pr. de Acceptil.* Denique, ejusmodi circuitus novationis etiam pro ſubtilitate juris Romani neceſſarius eſt, quando abſens per acceptilationem liberandus venit; Sicut enim per procuratorem non acquiritur nobis verborum obligatio, ut dix. *ad §. 19. Inſt. de Inutil. ſtipul.* ita nec acceptilationi procurator adhiberi poteſt, quoniam & hæc ſolenni verborum conceptione perficitur; imo, quod magis ad rem pertinet, eſt actus legitimus, quales non recipiunt conditionem, vel diem, quod utrumque ſcriptum *in l. 77. de R. J.* Proinde, ut abſentes acceptilatione liberentur, opus eſt, aliquem eodem loco, ubi creditor eſt, conſtitui, a quo creditor eandem pecuniam, quam nos ipſi debemus, novandi cauſa ſtipuletur, tum jam nos ſumus liberati; præſens autem amicus ille rogat creditorem acceptum, atque is acceptum fert; eoque modo plena liberatio perpetratur, *l. 13. §. 10. de Acceptil.* Procuratorem iſtum mandato ſcilicet inſtructum eſſe oportet, ut habetur *l. 1. 3. de Acceptil.* Cui genus debetur, ſi certam ſpeciem acceptam tulerit, obligatio tollitur, *l. 5. §. 4. de Acceptil.* perinde ut cui alternative, aut hoc, aut illud debetur, alterutrum acceptum ferendo, totam perimit obligationem, quod perinde eſt in pacto, *l. 27. §. 6. de pact.*

SCHOLIUM.

Scilicet, quod etiamſi per pactum acceptum feram alterutrum, tamen hoc pactum opponi poſſit toti obligationi, d. l. 27. *Alias enim non eſt perinde, an per pactum, an per acceptilationem debitum fuerit ſublatum. Hic enim ipſo Jure tollitur, ibi per exceptionem, quæ differentia tamen moribus noſtris eſt ſublata* per poſit. ſeq. *Adde* not. ad *Strauch.* XVII. 5. p. 188.

Sed hodie pactum & acceptilatio nihil differunt, niſi clauſulæ transactionum aliorumque pactorum, quibus partes ſe mutuo liberant, huc referantur, & hunc uſum maxime apud veteres habuere, ad inſtar ſtipulationum, *l. 2. l. 15. de Transaction. & l. 4. de condict. cauſ. dat. non ſec.*

6. (d) Sequitur NOVATIO, *in §. 3. h. t.* quæ definitur, Prioris debiti in aliam obligationem civilem, vel naturalem transfuſio, atque translatio, *l. 1. de Novation.* Fit translatio in naturalem obligationem, non quod attinet ad genus & formam obligationis, quia novatio ſemper fit verbis & civili modo, *d. l. 1. §. 1. l. 2. & l. 5. & paſſ. eod. tit.* ſed quod ad perſonam obligati attinet, velut ſi pupillus alienam obligationem in ſe recipiat, *d. l. 1. in fin.* Nam etſi pupillus ex ea cauſa non obligetur, partium tamen intentio efficit, ut obligatio tollatur, ac ita novationis natura conſtet, ut exponit Imperator *in §. 3. h. t.* Eſt Novatio duplex, voluntaria, & neceſſaria. Prior, quæ fit conſenſu partium; non aliter tamen quam, ut modo dictum, per ſtipulationem, *l. 1. §. 1. l. 2. & l. 5. 6. 7. 8. & paſſ. D. de Novat.* poſterior per litis conteſtationem, *l. 11. §. 1. l. 29. eod. l. 1. C. de judic. & l. ult. C. de uſur. rei jud.* ſed de priore definitio proprie intelligitur, ut mox intelligemus. Eaque rurſus eſt duplex; Fit enim aut cum, aut ſine delegatione; quando novus debitor in locum prioris ſubſtituitur, ita ut primus plane liberetur, *h. §. 3. l. 11. de Novat.* novus autem iſte vocatur expromiſſor, *l. 4 de condict. cauſ. dat. non ſec. & l. 10. de pignor. act.* item, reus pro alio datus, *l. 5. §. 7. de jur. dot.* qui ſemetipſum quoque, debitore ignaro, delegare poteſt, *l. 4. de manumiſſ.*

SCHOLIUM.

Diſtinguunt tamen alii expromiſſionem a delegatione, quod in illa non requiratur conſenſus & ſcientia prioris debitoris, l. 8. in fin. h. t. l. 91. de ſolutionibus. *ſecus in delegatione*, arg. l. 11. & 17. h. t. Non obſt. l. 4. §. 1. de manumiſſ. conf. *Wiſſenb.* d. l. th. 4. & 5. *Strauch.* XVII. 7. & 8. *Quomodo ulterius delegatio a novatione differat, vide* Auctorem h. & *Wiſſenb.* d. th. 5.

RESPONSIO.

Non videtur eſſe recuſanda hæc differentia. Quæ tamen non impedit, quo minus qui delegatur, etiam ſit expromiſſor, ut eſt ſine dubio.

Accurate quidem loquendo, differunt Delegatio atque Novatio, quæ fit interventu novæ perſonæ; Namque delegatio proprie eſt actus

(d) *Poſ. 12. & ſeqq.*

ille

Digitized by Google

ille, quo novus debitor in locum prioris ſubſtituitur, quod ſolo conſenſu nutuque perfici poteſt, *l. 17. de Novat.* ſed novatio non niſi per ſtipulationem fit, ut dictum, quæ tum ſequitur delegationem. Ex. gr. debes mihi centum, quos tibi diutius cedere nolo. Igitur Titium ſubſtituis conſentientem eumque ego recipio; hactenus eſt delegatio. Tum ego, Centum, inquam, quos Cajus mihi debet, hos tu mihi dare ſpondes? ſpondeo. hæc eſt novatio, quæ tamen compendio ſignificationis, delegatio appellatur, *d. l. 11. de Novation.* Quid hæc a ceſſione differat, palam eſt, quia non aliter, quam utriusque fit conſenſu, *l. 1. & l. 6. C. de Novat.* cum ceſſio fiat ignaro invitoque debitore, ut ex iis, quæ *ad tit. de Mand.* diximus, intelligi poteſt. Ceſſio denique non tollit obligationem, ut delegatio, *l. 4. C. de Novat.*

7. (e) Sine delegatione, vel ut Thomaſius mallet, ſine expromiſſione, fit novatio, quando manentibus eodem debitore & creditore, obligatio mutatur, *l. 1. pr. & §. 1. l. 9. & l. 28. de Novat.* veluti, cum is, qui ex empto debet, tanquam ex mutuo eandem ſummam debere, ſe profitetur, & ſtipulanti cum uſuris redditurum ſpondet, *l. 6. C. ſi certum petatur.* Limitat tamen hanc novationem Juſtinianus in *d. §. 3.* ut non aliter inter easdem perſonas novatio intelligatur, quam ſi aliquid novi ſit adjectum ſequenti ſtipulationi, *forte ſi conditio, aut dies, aut fidejuſſor adjiciatur, aut detrahatur, §. 3. h. t. verſ. ſed ſi eadem.* quod tamen eo ſenſu negat Gœdd. *de verb. obl. c. 5. n. 98. & ſeqq.* per *l. 8. pr. & l. 30. de Novat.* in quibus eſt novatio inter easdem perſonas absque mutatione; ſed in *l. 30.* expreſſum eſt, animo novandi eſſe repetitam ſtipulationem. Vid. Vinn. *comment. ad hunc §. n. 6.* Noviſſime requirit Juſtinianus in novatione, uti partes diſerte exprimant, ſe priorem ſuſtuliſſe obligationem novamque conſtitutam velle: cæteroqui poſteriorem non eſſe vult novam, ſed acceſſoriam duntaxat, *d. §. 3. verſ. ſed cum hoc quidem. l. ult. C. de Nov.* at olim quoque novatio non aliter quam ſi id actum eſſet inter partes, procedebat, *l. 2. l. 8. pr. & §. ult. & l. 28. de Nov.* quo forte au pertinet, quod modo de die cæterisque adjectionibus eſt dictum. Verum ut nominatim novandi animus* exprimatur, jure veteri non videtur fuiſſe neceſſum. Imo videtur per *l. 58. de V. O.* ſed haud temere illum locum Cujacius *ad d. l. 58.* a Triboniano putat eſſe interpolatum, nec forte non *l. 29. & l. 31. §. 1.* ubi verba, *niſi id ſpecialiter actum ſit.* D. Wiſſenb. *Embl. Tribon. ad dd. ll.* ſed & conſtitutio *d. l. ult.* ſic intelligenda eſt, ſi non ex ipſa negotii natura palam conſtat, aliam rem geri, quod ſane liquet, ſi quis pro bove v. c. ſtipuletur equum, ſublata ſtipulatione de bove; Similiter in delegatione non creditur habere locum** *d. l. ult.* Quis enim de animo novandi, ubi novus eſt debitor, vel creditor, dubitare poſſit? D. Vinn. *ad h. §. n. 7.* Voet. *ibid. n. 8.*

8. Effectus voluntariæ novationis ſunt, ut tollantur pignora, hypothecæ, fidejuſſiones, denique mora & uſuræ curſus ſiſtatur, *l. 8. l. 15.*

* In Saxonia Elect. pariter novandi animum exprimendum eſſe, apparet ex *Deciſion. El. 66.* & Philipp. *ad eand. obſ. n. 18.* Carpz. *P. 2. C. 9. Def. 4.*

** Ita recte cum Autore Hahn. *ad Weſenb. tit. de novat.* verb. *etiam.* Mevius *p. 2. Dec. 240.* Bachovius ad Treutler. *Vol. II. Diſp. 29. th. 6. lit. H.* ſentiunt. *vid.* Menck. *Contr. Jur. Civ. Diſp. 17. th. 11.* Deciſio Electoralis 66. diſtinguit hoc caſu inter mercatores & alios delegantes, & regulariter in delegatione non tantum novandi animum exprimere, ſed & priorem obligationem verbis expreſſis caſſare & tollere jubet; Mercatoribus autem permittit absque nominatim facta novationis mentione delegare, & obſervantias deſuper inter eos receptas confirmat. conf. Carpz. *p. 2. C. 19. def. 16. Id. L. 5. Reſp. 1-5. n. 16.* Philip. *ad. d. Deciſ. Obſ. 2. n. 24. ſeqq.* Noviſſime autem *Mandat. Pol. Reg. Polon. d. An. 1699.* §. Bey der 3. Frage. cautum eſt, aſſignationem per modum delegationis non aliter quam in ſcriptis fieri, aſſignantem ab eo, cui aſſignatio & delegatio fit, i. e. a Creditore ſuo quittantiam accipere debere, quam formam ſi delegans obſervaverit, ipſum a priori obligatione nondum liberatum cenſeri, nec integrum ei eſſe delegandi ac novandi animum per teſtes jurisvejurandi delationem probare, adeoque diſcrimen inter Mercatores & non Mercatores *d. Mand.* quodammodo ſublatum eſſe videtur, §. Und wie nun hiernach männiglich, als nach einem allgemeinen Land-Geſetz ſich zu achten hat. niſi quod caſus, ubi aſſignatio in vim dationis in ſolutum per ſcontro facta eſt, ac de eo conſtat aus denen Scontro-Büchern, excipiatur, *d. §.* Bey der 3. Frage. vid. Leipz. Statuta *p. 103.*

(e) *Poſ. 25. & ſeq.*

l. 18.

l. 18. l. 27. l. 29. de Novat. & l. 43. de ſolution. & exceptio doli amittitur ab eo, qui ſciens eam ſibi competere adverſus priorem creditorem, delegari ſe paſſus eſt alii; Hic enim cum non deceperit ipſum, doli exceptionem non patitur, ſed debitor eam donaſſe videtur, ignorans ſe habere regreſſum adverſus delegantem, *l. 12. de Novat.*

9. Neceſſario novatio fit per litis conteſtationem, quæ & delegatio dicitur, opponiturque voluntariæ Novationi *in l. 11. §. 1. de Novat.* Nam judicio contrahi, ſicut ſtipulatione, docet Ulpianus in *l. 3. §. 11. de Pecul.* Vocat illam *judicati* obligationem. Atqui in ſententia nihil eſt ſtipulationi vel contractui ſimile; ſed hoc ad litis conteſtationem, quæ fit per narrationem actoris & contradictionem Rei, manifeſto referendum eſt. Nec tamen effecta novationis hujus effectum prius habent, quam ſecuta ſententia ſecundum actoris intentionem; abſoluto enim reo, nihil fit novi, atque ideo, quæ proprie eſt litis conteſtationis, ea dicitur eſſe *judicati* obligatio, *d. l. 3. §. 11.* At hæc obligatio retinet omnia commoda prioris obligationis, omneſque acceſſiones, quæ erant in originali, *l. 29. de Novat. l. 8. §. 3. de Fidejuſſ. l. 16. §. 5. de pignor. l. 86. & ſeqq. de R. J.* quo, vel etiam priore ſenſu, negatur vetus actio lite conteſtata conſumi, *in l. 2. C. de Judic.*

SCHOLIUM

Scilicet etiam privilegium prioritatis & prælationis, quod in ceſſione & novatione voluntaria non ita ſemper obtinet. D. Wiſſenb. d. l. th. 8. Strauch. XVII. 7.

Igitur Novatio appellatur, quia novas adfert qualitates, dum obligationes tempore & morte perituras facit perpetuas, & in heredes tranſitorias, *l. 139. pr. de R. J.* Alibi plura.

10. (f) Contrario conſenſu tolluntur obligationes conſenſuales, dum res adhuc eſt integra; nam ſi traditione, vel ſolutione jam ſint impletæ, tunc non ſimplici conſenſu, ſed retro omnia agendo retractari debent. Quemadmodum & reliqui contractus, in quibus plus quam conſenſus requiritur, conſenſu partium ſolo non poſſunt revocari, vid. *§. ult. h. tit. l. 6. §. fin. de contrah. empt. l. 1. l. 2. C. Quando lic. ab empt. reced. & l. 58. de pactis.* Poteſt autem & pro parte retractari quod actum eſt, æque ac in totum, *l. 7. §. 6. de pact.* modo uterque in diſſolutionem, conſentiat, *d. l. 1. Quando lic. ab empt. diſced.* Unius voluntas nihil operatur, *l. 5. C. de O. & A.* niſi quod mandatum & ſocietas peculiari jure hac in parte utuntur, ut pridem intelleximus. Hypotheca, quæ ſolo conſenſu initur, eſt ejuſdem in hoc quoque articulo cum reliquis contractibus naturæ, *l. 1. l. 9. §. 3. de pignor. act. & l. 4. de pign.* juncta *l. 23. C. eod.* quod ſecus erit in pignore proprie dicto, *per l. 58. de pact.* Sed quid hoc eſt, nudo conſenſu tolli obligationes conſenſuales? aut quid hoc, quod ſcriptum eſt *in §. 3. infra de Except.* pacto convento non diſſolvi omnino obligationes, ſed actionem nihilominus dari, quæ per exceptionem elidatur? cum idem tradatur *in l. 27. §. 2. de pact.* ne quidem pacti mere naturalem obligationem, pacto contrario ipſo jure tolli. Plane D. Voetius *ad hunc §. 4. n. 1.* negat contra Bachovium, eam eſſe nudi conſenſus vim. Quid facias tamen? res nimis clara eſt, & in reliquis textibus citatis; neque recuſandum, juxta naturales obligationes, quæ ipſo jure tolluntur, *l. 95. §. 4. de ſolut.* eas quoque civiles ipſo jure tolli, quæ ſolo nudoque conſenſu, adeoque mero jure gentium conſtant, eademque ratio eſt obligationis furti & injuriarum, *l. 7. §. 14. de Pact.* Proinde quod pactum non niſi per exceptionem & replicationem tollere dicitur obligationem, id de illis caſibus accipiendum, quibus non agitur de ſimplici reſolutione contractus mere conſenſualis: & quod pactum prius per poſterius ipſo jure tolli negatur, hoc ad pactum de petendo, quod ſequitur pactum de non petendo, capiendum; Nam quia pactum prius de non petendo, ſe referens ad obligationem aliam civilem & efficacem, ei non aliter derogat quam jure Prætorio, per exceptionem in judicio oppoſitam, hoc eſt facto; non poteſt ſequens pactum, niſi contrario replicationis facto, exceptionem priorem evertere. Si tu roges, quomodo pactum a contrario conſenſu differat, propone tibi exemplum; *Emimus vendidimus*, poſtridie *non emimus, non vendidimus*. Locavimus conduximus, mox, *non* locavimus, *non* conduximus: eſt contrarius conſenſus obligationem funditus tollens. Pactum ita fit; vendidi, emiſti, debes pretium, *non petam*, hic obligatio manet, executione ejus enervata. Diximus & alias. adde Weſenb. *in par. D. de pact. n. 11.* Denique ſi contractus, ipſo jure totus contrario

(f) *Poſ. 22. & ſeqq.*

Digitized by Google

conſenſu diſſolvitur, perinde ac ſi nihil eſſet actum, res loquitur, conſequentias, aliorum reſpectu, perinde evaneſcere; Unde vix equidem dubitandum videbatur, quin emptione venditione contraria voluntate reſoluta, jus retractus, quod vicinis aut conſanguineis competit, pariter extinguatur, maxime, quia tum ceſſat ratio, propter quam Retractus eſt introductus, qui eſt, ne res alienetur extra familiam; aliud tamen fuit ſupremæ Friſiorum Curiæ judicium apud Sand. *lib. 3. tit. 5. def. 6.*

11. (g) Præter hos quatuor modos ſunt adhuc alii, per quos ipſo jure tollitur obligatio, ſcilicet Confuſio, Compenſatio, Oblatio cum depoſitione pecuniæ, rei Interitus ſine culpa debitoris. Confuſio eſt debiti & crediti in eandem perſonam concurſus, qui accidit, cum debitor fit heres creditoris, vel creditor debitori ſuccedit; nemo enim eſſe poteſt ſui ipſius debitor, *l. 75. D. de ſol.* quæ ratio efficit, ut etiam naturalis obligatio per confuſionem tollatur, æque ac aliis modis, *l. 95. §. 2. de ſolut.* Neque enim per naturam fieri poteſt, ut idem ſit debitor & creditor: quanquam ſunt caſus peculiares, quibus confuſionis effectus impeditur, *in l. 6. & 8. C. ad L. Falcid. in l. 69. ad Sc. Trebell.* quos opponit Giphan. *in hac quæſt. ad l. 2. C. de luit. pign.*

12. Compenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio, veluti, cum ego tibi primo centum debeo, & tu deinde mihi viciſſim debere incipis tantundem, aut minus; tum confeſtim tollitur aut minuitur in tantum obligatio mea. Sed hac de re latius infra agetur *ad §. 28. de Action.* vel potius ad *ff. ſede propria.*

13. Denique, interitus ſpeciei debitæ ſine culpa & ante moram eveniens liberat debitorem, *l. 23. D. de verb. oblig. l. 23. de R. J.* Limitatio de mora temperamentum recipit, ut, ſi res æque apud creditorem vel dominum interiſſet, utcunque traditione confeſtim facta, tum poſſeſſor ſive debitor etiamnum liberetur, *l. 47. §. ult. de Leg. 1. l. 14. §. 1. Depoſit. & l. 15. §. ult. de R. V.* non obſtante *l. 25. §. 2. Sol. Matrim.* ubi vir, qui moram in dote reddenda fecerit, detrimentum *omnimodo* ipſe præſtare dicitur; licet abſit dolus & culpa, de quibus egerat in *§. præced.* non etiam ut hæc diſtinctio, qua nihil eſt æquius, tollatur. Excipiuntur tamen fures & prædones, *l. 1. §. 34. l. pen. de vi & vi arm. l. ult. D. de condict. furt.* Fachin. 2. *controv. 71.* Bronch. 1. *antin. 74.* Poteſt huc etiam referri concurſus duplicis cauſæ lucrativæ in eandem rem atque perſonam, *l. 17. D. de obligation. & action.*

14. III. *Oblatio & conſignatio* pecuniæ aut alterius rei mobilis debitæ, habet effectum ſolutionis, *l. 9. C. de ſolution.* ut etiam liberet a periculo, & ab uſuris, *l. 19. C. de uſur.* Oblatio totius debiti tempore locoque opportuno, *l. 39. de ſol.* præcedere debet; & ſi creditor recuſet accipere, citandus eſt, quod ex juſta cauſa aliquando ſine prævia oblatione fieri poteſt, ac ſi opponat ſe, litigandum; debet autem eſſe *obſignatio totius debiti ſolenniter facta*, alioqui non liberat, *d. l. 9.* Si pars modo conſignata fuerit, uſuræ totius adhuc debentur, *l. 41. §. 1. de uſur.* Quod ſi creditor ad impenſas obſignationis vitandas, declaret, ſe pecuniam pro obſignata habere, debitor non liberatur, ſed ab uſura & pœnis eſt liber, etſi uſuræ ſint compenſatoriæ, Sand. *l. 3. tit. 13. def. 14.* ubi, an idem ſit juris, quando judex pecuniam habeat pro obſignata. Quin imo recte forſitan dixeris, oblationem ſolam opportuno loco factam; ſi conſtet idem eſſe corpus, quod periit ac oblatum eſt, a periculo ſane liberare, non etiam alioquin ab uſuris, *l. 72. de Solut. l. 73. §. f. de V. O. & l. 8. in pr. de condict. furt.* ubi de furibus id ipſum adfirmatur. Sola tamen oblatio purgat moram, *l. 73. §. ult. & l. 91. §. 3. de V. O.* liberat a pœna conventionali, *l. 23. §. ult. de Recept. qui arbitr.* & ſolvit antichreſin, *l. 11. C. de uſur.* Denique ſola oblatio ſufficit in re immobili, vel difficili ad movendum, facta in judicio. Fab. *l. 8. C. h. t. 30. def. 40. & 53.*

(g) *Poſ. 24. & ſeq.*

EXPLICIT. LIB. TERTIUS.

EX

LIB. IV.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

Tit. I.

De Obligationibus, quæ ex delicto naſcuntur.

Continuatio. Definitio Furti explicita. Diviſio ejuſdem. Pœna furti. Quomodo proprie furtum fiat. An volenti Domino fiat. An & liberi hominis. Etiam in re propria. Quibus detur actio furti. An in re commodata. In Depoſito. De reliquis circa furtum actionibus.

SEcunda obligationis cauſa, eſt delictum ſeu maleficium, vel Crimen; ſunt enim hæc ſynonyma, *l. 131. in fin. de V. S.* licet aliquando criminis vox paulo ſonet triſtius, ut videtur, *l. 2. §. 8. C. de vet. jur. enucl.* Delictorum, quod ad cauſam producentem attinet, nulla eſt diviſio; quippe cuncta crimina obligationem ex ipſa Re pariunt, ait Imperator; id eſt, hoc ipſo, quod maleficium eſt perpetratum, obligatio inde naſcitur: nec altius repetenda cauſa; neque enim hic aut conſenſus, aut literarum verborumve conceptio, uſu venit; Ariſtoteles quidem delicta vocat συναλλάγματα, *contractus, 3. ad Nicomach. c. 2.* verum ἀκούσια, involuntaria, conſenſum ita ſatis excludens. Res ipſa loquitur, eum, qui alterum contra jus læſit, teneri ad hoc luendum. Porro, delictum eſt vel privatum, vel publicum, *d. l. 2. §. 8.* Privatum, de quo illi tantum agunt, ad quos ea res pertinet, ſuntque inprimis quatuor; Furtum, rapina, damnum, atque injuria. Publicum eſt, in quo cuilibet ex populo jus eſt agendi, & quod ex lege publica deſcendit, ut inferius *tit. de publ. jud.* habebimus. Tu vide A. Matthæum, *diſp. 1. de Judic. th. 6.* De privatis criminibus agitur aut civiliter, aut criminaliter, *l. ult. de priv. del. ult. de furt.* civiliter, ad commodum pecuniarium actori applicandum, criminaliter ad coercitionem corporis, vel mulctam fiſco applicandam, A. Matth. *d. diſp. 1. th. 4.* Si quæratur, concurſus horum judiciorum electivus ſit, an cumulativus, hoc eſt, an poſt civile judicium de privato delicto, adhuc criminaliter agi poſſit, dicendum, nec in contractibus neque in maleficiis actionibusque inde oriundis unquam faciendum eſſe, ut idem bis exigatur; nam pœna nihil eſt aliud quam æſtimatio delicti, quæ bis præſtari nequit, *l. 41. in f. de pœn.* Igitur, cum quis civiliter delicti pœnam expetiit, idem criminaliter experiri non poteſt, nec vice verſa; ſed alternative procedendum, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt.* adde *l. 7. §. 1. de injur.* & inprimis *l. 56. §. 1. de Furt.* In concurſu privati publicique delicti ſecus eſſe, docet ratio, ſiquidem ea diverſis perſonis dantur; idemque textus *in l. un. C. Quando civil. act. crimin. præjudic.* * Quod ſi plura delicta in uno facto ſint, tum ſine dubio concurſus eſt cumulativus, *l. 2. pr. & §. 1.*

* Ex qua lege Doctores inferunt, conductioni furtivæ locum eſſe, licet fur laqueo punitus ſit. Richt. *p. 2. deciſ. 96. n. 14.* Struv. *Jurisprud. For. L. 3. tit. 23. §. 7.* Finckelthuſ. *Obſ. 59.* Brunnem. *ad l. 7. ff. de cond. furt. n. 8.* Sed in Electorali Saxonia ſecus obtinuit, ubi condictio furtiva tunc demum concedebatur, ſi fur pœna capitali aut corporis afflictiva non afficeretur, aut ante executionem ſupplicii in carcere deceſſerit, vid. Carpz. *p. 4. C. 32. Def. 23. & Prax. Crim. qu. 80. n. 110. ſeqq.* Quam ſententiam confirmavit *Deciſ. El. 86.* ubi vid. Philip. *Obſerv. 1.* Noviori tamen *Mandato Reg.* wegen geſchw. *Exequirung* derer Räuber und Diebe. *d. 1719. d. 27. Jul.* §. wir wollen. heredibus furis laqueo ſuffocati injunctum, ut læſo ſurreptarum rerum, licet in natura non amplius exiſtant, pretium, idque jurejurando pro re nata indicatum, ex bonis a fure relictis, præſtent, ſimulque inquiſitionis expenſas, quas vel magiſtratus, vel, pro locorum diverſitate, ſubditi hactenus tulerunt, reſtituant. conf. Lüd. Mencken. *Diſſert. de reo ejusque herede, ex delicto, corporis afflictivam pœnam merente, ad ablati expenſarumque reſtitutionem obligato, Lipſ. an. 1713. hab.*

de pri-

de privat. delict. Quid igitur, quod in *l. 53. pr. de O. & A.* habemus, ſibi vult? *Plura delicta in una re plures admittunt actiones, ſed non poſſe omnibus uti, probatum eſt.* Neceſſe dictu eſt, plura delicta in una re eſſe illic, *in uno facto plures e delicto actiones*, ut apparet ex verbis ſequentibus *dicti pr. Nam*, ait, *ſi ex una obligatione plures actiones naſcuntur, una tantummodo, non omnibus utendum eſt.* Exemplum, quo hoc illuſtrare queas, pete ſis ex *Poſ. 1. tit. ff. Arborum furt. cæſar.* Cæterum, in his titulis agitur de civili genere actionis.

2. (a) Furtum definitur in *§. 1. Contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipſius rei, vel uſus ejus poſſeſſionisve, quod lege naturali prohibitum eſt admittere.* Ubi genus ponitur *contrectatio*, ſine qua furtum non intelligitur: nam qui duntaxat inficiatur, rem ex gr. depoſitam, vel commodatam eſſe penes ſe, ille fur necdum eſt, ſed tum demum, ubi contrectavit eam atque ſepoſuit, *l. 67. pr. de Furt.* Nam contrectare hic eſt loco movere & auferre, *l. 3. §. 18. de Acquir. poſſ. l. ult. de Cond. furt. l. 3. de Act. rer. amot.* ut ne quidem ingreſſio in ædes furandi cauſa facta, furtum ſit, *l. 21. §. 7. de Furt.* Contrectatio non facit furem, niſi res domino interverſa ſit, ut eleganti exemplo docet Alfenus in *l. 57. de Furt.* qualis interverſio in hoc quoque intelligitur, ſi quis ſcripturam alterius lucri faciendi animo deleverit, *l. 41. §. 1. ad L. Aquil.* item in uſu rei commodatæ vel depoſitæ, *§. 6. h.* Unde Wiſſenbachius noſter *ff. de Furt. th. 2.* probari putat, contrectationem in definitione Furti non ſignificare amotionem; hoc ſaltem monſtrat, aliquem furti poſſe teneri, ſine ablatione, ut ſuſceptores furum rerumque furtivarum, ex *l. 48. §. 1. de Furt. & l. 14. C. eod. §. 4. h.* non tamen aliter quam ſi facta ſit contrectatio, *l. 52. §. 19. de Furt.* In furto uſus, quemadmodum illic furti proprietas minus evidens eſt, ita quoque ablationem non conſiſtere in amovenda re ipſa, ſed interverſione uſus, ultro liquet. Quo ſenſu fur ſolo propoſito æſtimetur, videſis in *l. 174. & l. 225. de V. S.*

3. Dicitur *fraudulosa* contrectatio FURTUM & lucri faciendi animo facta; nam ſi fiat contumeliæ cauſa, ut cum alicui pileus vel gladius aufertur, tum non eſt furtum, ſed injuria, *l. 39. & l. 53. ad L. Aquil.* Theophilus non vertit utramque qualitatem, *fraudulosa, & lucri faciendi gratia*, ſed priorem duntaxat, κακίϛη ψηλάφησις, peſſima contrectatio, inquit; nihil tamen mutandum; fraudulosa vocatur, generali ratione, quod in omni delicto, extra caſum Legis Aquiliæ, dolus requiritur, *l. 53. pr. de Furt.* nec tamen ad furis proprietatem fraus quælibet ſufficit, ſed accedere oportet lucri faciendi ſcopum, ut modo diximus. Proinde quod *in l. 27. §. ult. eod.* is, qui tabulas amovit, ſeu interlevit, furti etiam tenetur, ita accipiendum, ut lucri cauſam habuerit, alioqui de damno injuria dato tenetur, *d. l. 41. §. 1. & l. ſequ.* Id vero nihil mutat, quod is, qui ſaccum habentem pecuniam ſurripit, furti etiam, ſacci nomine tenetur, quamvis non ſit ei animus ſacci ſurripiendi, *l. 77. de Furt.* Equidem non fuit ei hæc mens, ut ſaccum ſine pecunia cleperet, attamen propter nummos etiam ſaccum voluit. Nihil etiam vetat cum lucrandi animo aliam concurrere cauſam, veluti inimicitiæ, *in l. 50. §. 1. de Furt.* aut libidinis, *in l. 82. §. 2. eod.* nam qui ſolam habet libidinis cauſam, fur non eſt, *l. 39. eod.* quanquam & alia iſthic differentia apparet inter ancillam meretricem, & non meretricem.

(a) *Poſ. 6. & ſeqq.*

SCHOLIUM.

D. l. 82. & d. l. 39. *explicui ex profeſſo* ad *Strauch.* XIX. 5. p. 213. & multis ſeqq. *oſtendique, nec hanc conciliationem, nec alias communes Dd. quadrare ad mentem JCtorum, ſed revera diſſenſum inter Ulpianum & Paulum fuiſſe.*

RESPONSIO.

Notas ad Strauebium videat, qui habet. Ego ſi nulla deſperatior eſſet ἀντινομία, parvo redemptum darem honorem Artis.

N. ADDIT.

Habuit vero Autor notas ad Strauchium, cum ſcriberet reſponſiones ad ſcholia poſitionibus Pandectarum adjecta. Et tamen noluit parvo redemptum dare honorem artis. Quamvis neſciam, an honor Arti auferatur, ſi quis ſtatuat, dari antinomias in legibus Pauli & Ulpiani, quas nec Autor ſemper negat. Interim cum illa meditatio noſtra de hac antinomia explicationem plurium legum contineat, non alienum a ſcopo harum additionum novarum eſſe duxi, ſi eandem in gratiam eorum, qui notas Strauchii non habent, integram apponam. Sed quia nimis prolixa eſt, adjici eam curavi ad finem tractatus.

Item

Digitized by Google

Item ſi quis in vitæ periculo conſtitutus, invito domino rem alienam contrectet, ille fur non eſt, quia non habet animum lucri faciendi, ſed vitam conſervandi, ideoque ad reſtituendum id quod intereſt, duntaxat tenetur, *cap. 3. X. de Furt.* ubi modice peccare dicitur, niſi reſtituerit; quo facto prorſus non peccat, ut ne quidem jejunii, pœnitentiæ cauſa damnetur. Eaque eſt communis Dd. ſententia, cujus ratio, recte a tacito generis humani conſenſu peti videtur, a quo etiam diviſio diſtinctioque dominiorum maxime profecta eſt; at non adeo peremptorie, ut ad exitium membri ipſius humanæ ſocietatis durare debeat: quia tamen pro certo duntaxat ſtatu indigentiæ hoc jus vigere intelligitur, tali animo fieri debet, ut dein, ſi facultas dabitur, pretium reſtituatur, Grot. *2. de J. B. & P. c. 2. n. 6.* Diſſent. Voetius *Comment. ad h. t. §. 1. n. 2.* Feudiſtæ & hoc addunt, licere viatori equum ſuum gramine vicino paſcere, atque reficere, *l. 2. Feud. tit. de pace ten. §. ult.* quod de caſu neceſſitatis intellectum æque juſtum erit ac alterum. Nec qui fruges in agro comedit ad ſatietatem, modo nihil auferat, nec falcem immittat, lucrum facit. *Deuteron. 23. v. pen. & ult.* nec multo ſecus Plato de *LL. 8.* Cæterum, qui nummos e re ſua a fure vendita redactos ei excuſſit, is furti tenetur, etſi animus lucri faciendi abeſſe videatur, (*) *l. 38. §. 2. de Nox. act. & l. 47. §. 5. de Furt.*

SCHOLIUM.

(*) *Sed videtur ſaltem abeſſe. Adeſt enim perinde, ac ſi quis Titio centum thaleros debenti centum thaleros auferat, lucratur enim hic fur ambages, quibus alias in actione fuiſſet opus.*

RESPONSIO.

Hoc immerito lucrum appelles fraudulentum, quod ambages litium fugitet. Dic potius, in eo lucrum eſſe, quod pecuniam ex re furtiva redactam auferens, furti actionem & condictionem retinet.

N. ADDIT.

Ego vero non video, cur in præſenti caſu iſtud lucrum non debeat fraudulentum appellari, etiamſi quis eo ambages litium fugitet. Omne enim id fraudulentum eſt, quod fit illicito modo. Et ambages litium etiam illicito modo fugitare quis poteſt. Quid ſi enim quis adverſarium in lite eo fine interficiat? Deinde correctio Autoris parum ad rem facit, quia furis actio furti & condictio, quam eum retinere dicit Autor, eliditur per exceptionem aut doli mali, aut compenſationis pro quantitate nummorum excuſſorum. Nihil autem intereſt, ipſo jure quis actionem non habeat, an ope exceptionis elidatur.

(b) Ratione objecti differentia furti in definitione triplex inſinuatur. *Primo* rei ipſius. *Secundo* furtum uſus, de quo infra *§. 6.* *Tertio* furtum poſſeſſionis, de quo *in §. 9.* Rei mentio ſimpliciter fit in definitione furti, non expreſſo, mobilis ſit, an immobilis, corporalis aut incorporalis; nec quidem rem alienam eſſe debere, exprimitur: At hoc ultimum per ſe quidem intelligitur; nec enim lucri faciendi fraudandique animus in rebus propriis exercetur. Qualitas vero, *mobilis*, jure meliori exigebatur; nam immobilium rerum non committi furtum, certiſſimi quidem juris eſt, at non indigni memoratu, *§. 7. ſub fin. verſ. abolita enim eſt. Inſt. de uſucap.* Ita quidem eſt, ſed in definitione neceſſe non erat, omnia ſubjecti requiſita collocari; ſufficit talem eſſe, ut ex ea definiti natura ab aliis omnibus rebus diſtingui poſſit; denique vox *contrectatio* non obſcure hoc requiſitum indicat. Nam contrectare eſt rem loco movere, ut modo probavimus, in hac definitione verbum hoc eſſe accipiendum. Nam quid aliud eſt contrectare, quam rem alienam intercipiendi cauſa amovere, ut loquitur Juſtinianus *in §. 4. h. t.* Ita Briſſon. *de V. S. in voce Contrectare.* Sequitur in definitione, *Rei ipſius*, modicæ, ut gallinæ columbæve, furtum fieri, diximus *ſupr. de A. R. D. ad poſ. 46.* non tamen ut criminaliter puniendus ſit; præſidis eſt perpendere, delinquentes publice plectendi, an ad jus ordinarium remittendi ſint, *l. 56. §. 1. de furt. l. 2. de fur. baln. l. 1. §. 1. & l. ult. de Extraord. crim.* eaque eſt notiſſima praxis, æquitate & vigore publicæ diſciplinæ ita poſtulante. Rerum immobilium non poſſe furtum committi, diximus. Sed hominis liberi furtum nemoratur *in §. 9. h.* quatenus ex lege Quiritium liberi, ſicut ſervi, in dominio patrum erant, *l. 1. §. 2. de R. V.* ſed agitur in duplum ejus quod intereſt patris, *d. §. 9.* non liberi corporis, quod inæſtimabile eſt, *L. 1. §. 5. de his, qui effuder.*

4. *Vel uſus ejus;* Furtum uſus committitur

(b) *Poſ. 11. & ſeqq.*

ab eo, qui re depoſita, vel commodata, * ſuo commodo aliter quam convenit, utitur; niſi conſtet, animum lucrifaciendi abeſſe, *§. 6. & 7. h. Poſſeſſionisve;* furtum poſſeſſionis facit debitor, rem a ſe oppignoratam creditori ſurripiens, *§. 10. h.* ubi id furtum rei ſuæ dicitur; non tamen *qua ſua*, ſed quatenus alii jus in ea re comparatum eſt, crediiori ſcilicet jus poſſeſſionis. Etiam debitor, qui hypothecam ſpecialem alii obligatam, licet ipſe eam poſſideat, vendit, furti reus eſt, *l. 66. d. t. de furt.* ſed de hoc caſu plus dubii eſt; quia res non eripitur; ideo ad ſtellionatum refertur in *l. 3. §. 1. de Stellion.* Non eſt additum definitioni, *invito domino;* tamen hoc intelligitur; nam volenti non fit furtum, *§. 8. in pr. h.* vel ſaltem agi non poteſt furti, *l. 46. §. pen. de Furt.* licet eripiens putet, invito fieri, *dd. ll.* aliud eſt, ſi dominus conſenſerit, non ut furi indulgeret, ſed ut eum deprehenderet. Exemplum vide in *d. §. 8.* quod infra ſubducetur.

5. Verba ultima definitionis, *quod jure naturali prohibitum eſt admittere;* dubium hoc recipiunt, qui furtum, quod eſt violatio dominii, jure naturæ vetitum eſſe queat, cum dominia jure gentium demum introducta ſint; quaſi contradictio ſit dominium ſtatuere juris gentium, & furtum, quo dominium violatur, jure naturæ eſſe vetitum. Reſponſio certa eſt; nequaquam ſequi, Jus Naturæ de aliqua re præcipit; ergo illa res fuit in primo ſtatu Naturalium rerum. Jus Naturæ cunctas ſocietatis humanæ actiones morali præſcripto regit, quamdiu illa durat. Pergam Grotii verbis *l. 1. c. 1. §. 10. Sciendum, Jus naturale non de iis tantum agere, quæ citra voluntatem humanam exiſtunt, ſed de multis etiam, quæ voluntatis humanæ actum conſequuntur. Dominium, quale nunc in uſu eſt, voluntas humana introduxit, at eo introducto, nefas mihi eſſe id arripere te invito, quod tui eſt dominii, ipſum indicat Jus naturale.* Non ſequitur igitur, Furtum jure naturali eſt prohibitum, & hoc hominibus congenitum eſt. E. & diſtinctio dominiorum, ſimul ac homines, nata & fundata eſt. Confundit, ſi quis ita loquitur, Naturæ jus cum ſtatu Naturæ. Jus naturæ eſt dictamen rationis, hoc vetat aliena rapi, quandocunque aliorum ſint facta, multoque patet latius quam ſtatus ille primus. De furtis apud Ægyptios & Lacedæmonios permiſſis, vid. Vinn. *h.* & ſi libet Gell. *lib. XI. c. 18.* Adde ſis quod D. Thomaſius habet.

SCHOLIUM.

Neganda eſt veritas illationis; adulterium eſt Jure naturæ prohibitum, quamvis demum in liberis Adami ejus exemplum exiſtere potuerit. Nec obſtat, quod integræ gentes furtum admiſerint, ut Lacedæmonii, ut Ægyptii. Præterquam enim quod a negatione obſequii ad negationem obligationis, non recte inferatur, tentari poſſet, an non propter dominium eminens, quod reſpublica habet in bona ſubditorum, illæ ablationes permiſſæ apud Lacedæmonios & Ægyptios, a furti infamia liberari queant.

RESPONSIO.

Valeat exemplum Adami liberorum. De dominio eminente nimis longe quæſita ratio eſſe videtur, & longioris explicationis.

N. ADDIT.

Omittam etiam, in gratiam Autoris, terminum dominii eminentis, & breviore explicatione rem declaro. Furta illa Lacedæmoniorum & Ægyptiorum erant introducta lege ſcripta ad utilitatem publicam, ad excitandam nempe vigilantiam dominorum in defendendis & cuſtodiendis rebus ſuis, & ſolertiam civium in decipiendis hoſtibus. Si tales leges fiant in Democratia, conſenſu communi, tum furta illa non fiunt invitis dominis. Si in rep. Monarchica, ideo non erunt furta, quia quod fures ita retinent, aufertur dominis a legiſlatore in pœnam negligentiæ. Cape exemplum. Si Titius cum Seja ſic paciſcatur: Donabo tibi hanc ſupellectilem, ſi eam poſſis ex ædibus meis auferre, ita ut nec ego, nec domeſtici mei ſentiant. Sed ſi deprehendam te, da-

* Nec dubium eſt, quin hodie adverſus eum, qui rem commodatam aut depoſitam furtive contrectavit, inquiſitio ſuſcipi queat; Jus Saxonicum tamen non patitur eos, ad quos res ex contractu vel quaſi-contractu pervenit, ordinario ſupplicio affici, ſed extraordinariæ ſaltim & arbitrariæ coercitioni locum relinquit, *a. L. R. l. 3. art. 21. l. 3. a. 19.* Carpz. *p. 4. C. 41. Def. 1.* Unde Jure Saxon. Communi Tabularius quoque, qui pecuniam fidei ſuæ commiſſam furatus eſt, non niſi relegatione aut fuſtigatione punitur, Carpzov. *l. c. def. 11.* Sed in Electorali Saxonia, ſi ſummam 20. florenorum furto abſtulerit, vel fraudulenter in uſus ſuos converterit, laquei ſupplicio afficitur. *P. 4. C. El. 41. §. f.* ubi vid. Carpzov. *def. 9.* Moller. *ad eand. n. 7. & Semeſtr. l. 4. c. 2.* Schultz. *Syn. Inſt. h. t. lit. M.*

Digitized by Google

bis mihi pœnas. Quis dubitet, eam ablationem haud eſſe furtum?

6. (c) Diviſio furti eſt in manifeſtum & in nec manifeſtum. * *Prius* dicitur, quando fur cum re furtiva eſt deprehenſus, antequam rem tuliſſet, quo deſtinaverat. Deprehenſus autem videtur, cum ſaltem clamore, aut indicio detectus fuit, quamvis non ſit apprehenſus. Nec manifeſtum dicitur, quando non eſt ita deprehenſus, *§. 3. h. & l. 3. §. 2. & ſeqq. de Furtis.* Multo magis igitur, ſi αὐτοφώρῳ, in ipſo flagranti facinore, vel in eodem loco, ubi res ſurrepta eſt, fuerit deprehenſus, *§. 3. h. t.* Juſtinianus *in d. §. 3. h.* furem manifeſtum ait eſſe, *qui viſus, vel deprehenſus ſit.* ſufficitne igitur ſola viſio? non ſufficere, docet JC. in *l. 7. §. 1. de Furt.* ideoque nonnulli particulam *vel* conjunctivam, aut ſaltem exegeticam eſſe volunt, ut uſurpari videtur *in l. pen. C. de pignor. act. l. 2. C. de nav. non excuſ. l. 4. C. de V. S. arg. l. 53. de V. S.* Theophilus disjunctim vertit, ἑωσότου ἢ ὁραθῇ ἢ συσχετῇ, quousque aut viſus, aut apprehenſus ſit; forte ſic capienda verba, ſufficere viſionem, non requiri deprehenſionem: at viſionem non otioſam, uti cum quis furem videns, præ metu non audet mutire; ſed talem, quæ cum apprehenſionis conatu juncta ſit, & clamore accurſuque ſit conteſtata, ut recte colligitur ex *d. l. 7. §. 1. h. t.* qualem exemplo Virgiliano *Cujacius* illuſtravit.

Nonne ego te vidi Damonis, peſſime, caprum
Excipere inſidiis, multum latrante Liciſca?
Et cum clamarem, pro nunc ſe proripit ille?
Tityre, coge pecus. Tu poſt carecta latebas?

Non potuit igitur ſimpliciter dicere Cæſar, *deprehenſus*, quia deprehenſio non eſt neceſſaria, nec ſimpliciter *viſus*, quia nec hoc ſufficiebat, ſed deprehenſionem viſionemque conjunxit, ut aliquid ex utroque requiri ſignificaret.

7. Eſt & alia quadruplex diviſio *in §. 4. h.* nempe Concepti, Oblati, Prohibiti, & non Exhibiti furti: ſed hæ ſpecies abierunt in deſuetudinem, de quibus ſufficit videre textum. Non fuerunt hæ, proprie loquendo, furtorum ſpecies, ſed actiones occaſione furti apud veteres Romanos introductæ. Nam actio furti concepti ** dabatur adverſus eum, apud quem res furtiva, teſtibus præſentibus, inventa erat, etſi fur non erat, ut *hic* eſt ſcriptum: & ex ſpecie ſequenti, quod oblatum furtum dicitur, & priori cohæret, intelligi poteſt: Nam hæc actio dabatur ei, apud quem res in præſentia teſtium erat deprehenſa, adverſus eum, qui hoc animo rem obtulerat, ut apud illum alterum potius quam apud ſe prenderetur. Utramque actionem, tam concepti quam oblati, in triplum fuiſſe conceptam, Gellius auctor eſt *in d. lib. XI. Noct. Att. cap. 18.* quam tamen ratio non fert, ut de alio, quam qui ſcivit rem eſſe furtivam, accipiamus: ſane quin is, qui rem furtivam hac mente mihimet obtulit, ut apud me inveniretur, injuriarum quoque teneatur, non eſt dubitandum, cum mihi tantum dedecus addere, καὶ αἰσχημοσύνην περιτιθῆναι, voluerit, ut Theophilus. Similiter actiones furti prohibiti & non exhibiti, quæ in eos, qui rem furtivam quæri prohibuerant, vel exhibere noluerant, proditæ fuere, ab eodem furto concepto pendebant, ſive ab ritu quærendi rem furtivam, qui olim cum lance & licio fieri dicebatur, de quo vid. Alex. ab Alex. *6. Genial. dier. X.* Turneb. *30. adverſ. 23.* Vinnium *in commen. ad hunc §. 4.* Hodie, vetuſtis illis actionibus abolitis, manifeſtum eſt, inquit Imp. in *fin. §. 4.* quod omnes, qui ſcientes rem furtivam ſuſceperunt, & celaverunt, furti nec manifeſti actioni ſunt obnoxii: ſane inquiſitio rei furtivæ, ob graves præſumptiones, auctoritate publica ne hodie quidem inuſitata eſt. Vinn. *ad d. §. 4.* καὶ ταῦτα μὲν ταῦτα. Vera diviſio furti eſt, quam modo diximus.

8. (d) Pœna furti manifeſti quadruplum, ſed nec manifeſti duplum ſancitur, *§. 5. h.* Poteſt ta-

* Hujus diviſionis Jure hodierno, inprimis in foro Saxonico, nullam amplius rationem haberi, aſſerit Carpzov. *Pr. Crim. quæſt. 78. n. 8.* & Berlich. *part. 5. Concl. 43. n. 68.* Philipp. *Uſ. Pr. Inſt. L. 4. Eclog. 1.* quod admitti poteſt, quoad criminalem utriusque coercitionem, cum manifeſta non ſeverius, quam furta non manifeſta coerceantur, alias enim, cum ipſa *Ordinat. Crim. art. 157.* hujus diſtinctionis uſum agnoſcat, quoad actionem Civilem utriusque differentia nec apud nos ſublata eſſe videtur. add. Berlich *d. l. n. 2.*

** Loco illius hodie in ædibus alienis rerum furtivarum perquiſitio, die Hausſuchung, urgentibus indiciis autoritate magiſtratus ſuſcipi ſolet, atque is, apud quem res furtiva deprehenditur, pro circumſtantiarum ratione in furti ſuſpicionem incidit. Weichb. *art. 90.*

(c) *Poſ. 18. & ſeqq.* (d) *Poſ. 23. 24.*

men

& l. 40. de furt. Gell. *lib. 7. c. 15.* & Valer. Max. *l. 9. c. 2. §. ult.* Quibus locis eſt quod verecundiam priſci ſeculi laudemus, in quo tam minuti a pudore exceſſus puniebantur; veluti, cum ut fur damnatus eſt, qui equo, cujus uſus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus erat: neceſſaria tamen eſt limitatio, niſi quatenus hi omnes animum habeant domino ex hac cauſa ſatisfaciendi, aut putent eo non invito fieri, quod faciunt, *§. 6. & 7. h. tit.* utcumque in eo fortaſſis errent; ſufficit enim, abeſſe malum conſilium, *l. 46. §. 7. de furt.* Ita Symmachus *lib. 7. epiſt. 69.* imputat amico ſuo, ultroque fiduciæ ſuæ gratiam ſperat, quod jumenta commodata demoratus erat.

10. (g) Volenti Domino non fit furtum, tametſi tu animum furandi habeas, *in §. 8. h.* vel potius furtum fit, ſed actio furti non datur, ut ſcribit Pomponius in *l. 46. §. pen. de furt.* conſcientia quidem furis malitiæ obligatur, coramque Deo vere furti reus eſt, qui rem alienam fraudandi & lucrifaciendi animo abſtulit; ipſa tamen delicti ſubſtantia, & quaſi corpus, ut ita loquar, non extat, ubi domino volente res contrectata eſt. Facit huc, quod Cicero *l. 3. off.* ſcribit. *Aliter*, inquit, *leges*, *aliter Philoſophi tollunt aſtutias: leges, quatenus manu res tenere poſſunt, Philoſophi, quatenus ratione & intelligentia.* Alioqui, theologice crimina mente nos metiri oportere, non eſt dubitandum, licet actu non adſumpto, *Matth. 5. v. 28. Rom. 7. v. 7. Proverb. 24. v. 8.* Mœchus eſt apud Dei tribunal, qui hoc egit, ut alienam matremfam. corrumperet, *d. c. Matth. 5.* Lege tamen Julia nequaquam reus eſt, quatenus cogitationis pœnam nemo patitur, ait *l. 18. de pœn.* Poteſt tamen fieri, ut ob exquiſitam improbitatem, conatus delinquendi puniatur; cujusmodi caſus eſt *in §. 1. h. t.* ſumptus ex *l. 20. de furt.* ubi quis etiam reus & furti & ſervi corrupti fit, tametſi nec invito Domino res ſit ſurrepta, ſervusque frugi manſerit. Species hæc eſt; tu ſervo meo ſuaſeras, uti res meas ad te deferret. Is autem mihi fraudem aperiens, me auctore, quaſdam meas res domum tuam deportavit, easque ego apud te deprehendi: Neque tamen putandum, hic nudum puniri conatum, cum actus vere adſumptus & exercitus fuerit, etſi alio, ac ipſe putabat, effectu. Et quidem hæ actiones una poſt alteram dantur, quia, licet idem ſit factum, diſtincta tamen delicta eſſe apparet, *d. §. 8. h.* bis igitur dupli, reus hic condemnatur, furti ſemel, iterum ſervi corrupti, quæ in duplum ſcripta eſt, *l. 1. de ſerv. corr.*

11. (h.) Quid vero eſt hoc paradoxi, quod in *§. 9.* habetur, hominis liberi furtum poſſe fieri? cum tralatitium ſit, hominis liberi nullam poſſe dari æſtimationem, *l. 1. §. 3. de his, qui effud. vel dejec. & l. 3. Si quadrup. pauper.* ſcilicet ipſe liber homo non poteſt æſtimari, verum id quod intereſt Patris, qui caruit operis filii, duplicatur, idque a fure præſtatur: ſolus autem pater habet furti actionem ratione patriæ poteſtatis: mater aliæque perſonæ, nullum habent, quam publicum de plagio judicium, *l. 38. de Furt. l. ult. C. de plag.* Referendum hoc eſt ad antiquum jus patriæ poteſtatis, quo filius non minus erat in ditione Patris, quam ſervus ſub Domino, ut non modo jus vitæ necisque, ſed etiam vendendi liberam haberet poteſtatem, imo etiam ter vendendi, ut diximus *lib. 1. tit. 9. n. 2.* & probat Rævardus *tract. ad L. XII. tab. c. 3.*

12. (i) Eſt & alterum *ἀπροσδόκητον.* Nam rei propriæ dicitur fieri poſſe furtum *in §. 10.* Nihilo enim magis hoc fieri poſſe videtur, quam ut ſibi quis ipſe injuriam faciat, qua de re Ariſtoteles *l. 5. Ethic. ad Nicom. c. 5.* ubi *μοιχεύει δὲ οὐδεὶς τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα, οὐδὲ τοιχωρυχεῖ τὸν ἑαυτοῦ τοῖχον, οὐδὲ κλέπτει τὰ ἑαυτοῦ.* *Nemo ſuam ipſius uxorem adulterat, neque ſuum parietem perfodit, neque res ſuas furatur.* Facilis eſt conciliatio; Fit furtum rei propriæ non qua propriæ, ſed quatenus alii jus in ea re eſt conſtitutum; Veluti, cum debitor creditori rem pignoratam ſurripit; nam ratione dominii, quod eſt debitoris, non poteſt committi furtum; ſed poſſeſſionis, quæ creditoris eſt, furtum fit revera. Ergo rectius dicitur, furtum in re propria, quam rei propriæ committi, *l. 12. §. 2. eod.* Paul. *2. ſent. 21.*

13. (k) Sequitur, quando, & quibus actio furti detur; ubi primo notandum, aliquando furti actionem dari, ubi furtum non eſt factum, & contra, negari quandoque furti actionem, ubi revera furtum extat. Prius Exempl. eſt *in §. 11.* Cujus ope & conſilio furtum eſt factum,* ille fur

* Jure Saxonico Electorali, qui ſolum furandi conſilium præſtitit, arbitrarie punitur, *P. 2. C. El. 40.* Phil. *Uſ. Pr. Inſtit. Lib. 4. Ecl. 6. n. 4.* Carpz. *Prax. Crim. qu. 87. n. 6. n. 23. ſeq.* qui vero conſilium & opem, aut opem

(g) *Poſ. 16.* (h) *Poſ. 13.* (i) *Poſ. 15.* (k) *Poſ. 25. & ſeqq.*

non eſt, quia non contrectavit, attamen actione furti tenetur: exempla petantur e textu, ibique Theoph. Verba autem *ope & conſilio*, ſeparatim accipiuntur, ita ut alterutrum ſufficiat, niſi conſilium fuerit in genere duntaxat, ac potius hortamentum, *d. §. 11. l. 53. §. ult. D. de Verb. ſing. l. 50. §. penult. in pr. & l. 52. pr. & §. 19. de Furt.* Tim. Fab. *diſp. anniv. 26. th.* 4. Si dolus abfuerit, & per laſciviam contingat, aliquem furti cauſam præbere, in eum prodita eſt actio in factum prætoria, *d. §. 11. & l. 50. §. ult. h. t.* Alterum eſt *in §. 12.* Filiusfam. patri ſuo * & ſervus Domino rem ſurripientes, faciunt furtum, & tamen furti actione conveniri nequeunt, quia inter patrem & filiumfam. dominosque & ſervos lis nulla, nedum famoſa, verti poteſt, *l. 4. D. de Judiciis.* Ubi exceptio, niſi filiusfam. habeat caſtrenſe peculium, *l. 52. §. 5. de Furt.* ut tamen exiſtimationi illius parcatur; ideoque verbis temperanda erit actio, ut bonæ fidei mentio fiat, adeoque erit in factum, *l. 11. §. 1. de dol. mal.* habentque Pater & Dominus privatæ jus animadverſionis, *l. 17. de Furt.* Inter conjuges quoque ob honorem matrimonii non eſſe furti actionem, etſi furtum ſibi mutuo facere poſſint, e tit. ff. *Rerum amotarum.* ſatis conſtat. In noſtros hodie famulos ** competere actionem furti, non eſt dubitandum.

14. Datur autem actio furti illis, quorum intereſt ratione cuſtodiæ, licet non ſint domini, *§. 13. h.* ὃν λυπεῖ ἡ γενομένη κλοπὴ, ait Theoph. quem furtum factum triſtitia ſive damno afficit. Hinc pignore ſurrepto, furti actio datur creditori potius quam debitori, quia creditoris intereſt duntaxat; tenetur enim debitori ad pignus reſtituendum; ſcilicet, ſi per levem culpam ipſius fuerit ſurreptum, *l. 14. §. 12. de furt.* imo licet culpa ejus abſit, ex ratione *§. 14. h. d. l. 12. §. ult.* quod expediat ei, pignori potius incumbere, quam in perſonam agere; ex quo ſequitur, eum furti agere poſſe, cum & ipſe dominus rem ſurripuit; furti poſſeſſionis, inquam, *d. §. 14. in fin. h. t.* Sic etiam, ſi fulloni, de quo vid. *l. 12. pr. de furt.* vel ſartori res eripiatur, ipſis, non dominis actio competit, modo illi ſint ſolvendo; nam ſi inopes ſint, tunc domini intereſt, quia pretium rei ſurreptæ ab illis tum conſequi non poteſt, *§. 15. h.* qui enim non habet quod perdat, ejus periculo nihil eſt, ait JCtus in *l. 12. pr. de Furt.* Quin & omnibus rerum conductoribus actio furti competit, modo culpa eorum arguatur, *l. 14. §. 12. d. t.* quæ diſtinctio in fullone non adhibetur, quoniam is cuſtodiam, hoc eſt leviſſimam culpam præſtet, *d. l. 12. in pr.* Cæterum pœna, quæ a furibus exigitur, cedit his, quibus actio datur, *l. 6. Locat.* excepto creditore: nam hic quicquid occaſione pignoris adeptus eſt, id reſtituere debitori, aut ſibi in ſo-

tantum, in ipſo furto adhibuit, (e. g. ſi ſcalas feneſtris ſuppoſuerit, aut in excubiis ſteterit) ordinaria pœna furum coercetur, ſi de lucro participaverit. *d. C. El.* ibique Carpzov. *def. 2.* Philipp. *l. c. n. 7.* add. Land-R. *L. 2. art. 13.* Aſt, qui ante furtum, aut eo commiſſo demum, operam præſtitit, extraordinaria pœna afficitur, Carpz. *l. c. def. 3.* Hac etiam coercendi ſunt receptatores, aut occultatores furum & rerum abreptarum. Ac licet in eos, die Heeler und Diebes-Wirthe, *in Mandat. d. 1719.* pœna ordinaria, quamvis nihil participaverint, ſtatuta fuerat, novius tamen *reſcriptum d. an. 720. d. 17. Sept.* id correxit, atque nominatos receptatores laquei ſupplicio ſolum ſubjecit, cum ex rebus ablatis ſumma 12. thal. totidemque groſſorum ad eos pervenit.

* Conſtitutio Electoralis Noviſſima ſexta, liberos & parentes ac conjuges, nec capitali, nec corporali pœnæ ſubjici patitur; ſed arbitrariam carceris aut relegationis pœnam iis conſtituit: unde filium furem carcere, ſeductorem extraneum relegatione puniri poſſe, *reſp. Fac. Jur. Lipſ. m. Jul. 1705.* Cognatos autem reliquos usque ad gradum quartum, computationis Civilis, a capitali laquei ſupplicio quidem, non autem a fuſtigatione liberat cognatio, ſi furtum magnum commiſerint, *d. Conſtit. §. 6.* Alſo auch. verb. innerhalb des vierten Grads als Bruder, Bruders-Kinder. adde Carpzov. *Prax. Crim. qu. 82. n. 39.* Moller. *ad P. 4. C. El. 38. n. 5.* Quod ad affines quoque in linea aſcendentium & deſcendentium, ut & intra quartum gradum lineæ Collateralis conſtitutos, applicat Philipp. *l. c. Ecl. 7. n. 9. 10.*

** Unde etiam *P. 4. C. El. 38.* nullam inter eos & alios fures facit differentiam, inprimis cum ab iis peculiaris fides jure deſideretur, Carpzov. *ad d. C. Def. 1.* Philipp. *Uſ. Pr. Inſt. L. 4. Ecl. 5. n. 6. ſeq.* qui tamen id limitat, ac a ſuſpendii pœna famulos ancillasve abſolvit, quibus Dominus ſalarium petentibus denegavit, *d. l. n. 10. 11.* ubi ſubjicit præjudicium. add. Berlich. *P. 5. Concl. 54. n. 5. n. 49. ſeq.* & Carpz. *l. c. Def. 2.*

lutio-

Digitized by Google

lutionem imputare debet, *l. 22. de pign. act.* Ratio differentiæ eſt, quia creditor nullo alio fine pignus habet, quam in ſecuritatem, ſupra quam nihil inde percipere poteſt, ac jus noſtrum inprimis favorabile eſt erga debitores reſpectu pignorum; quatenus in anguſtiis rerum ſuarum conſtituti creduntur, quando res ſuas pignori ſupponunt. Diximus autem non temere *in princ.* furti actionem iis dari quorum intereſt ratione *cuſtodiæ*, (ſive negligentiæ,) quam in re cuſtodienda adhibere debebant; nec enim putandum eſt, omnibus quorum intereſt quovis modo, competere hanc actionem; etenim emptoris intereſt ſane rem emptam adipiſci, neque tamen re ſurrepta furti agere poteſt, ſed venditor, qui ad cuſtodiam adhuc tenetur: petenti equidem cedere debet emptori quas habet actiones, & emolumentum, quod agendo percepit venditor, ei præſtabit, quia, ut periculum ad emptorem ſpectat, ita commodum ad eundem redundare oportet, *c. 14. in pr. d. t.* Eadem in cæteris locum habent, quorum periculi tantum reſpectu intereſt, veluti in creditore certæ ſpeciei, & muliere ratione dotis, *l. 48. eod. tit.* Colonus autem, licet non ſit dominus, habet tamen hanc actionem, *d. l. 14. §. 2.* non eſt quidem dominus fundi, nec fructuum antequam auferantur; veruntamen ut primum decerpti ſunt, ejus eſſe cœperunt, *l. 26. §. 1. eod.* Rurſus, domino fundi datur actio furti, ut habetur in *l. 60. §. 5. D. Locati;* ſed hæc neceſſe non eſt pugnare; licet enim dicere, quod utrique competat actio, ac ita ſcriptum eſt in *l. 82. §. 1. eod.* ubi & ratio, quod utriusque interſit.

15. Quod in fullone cæteriſque commemoratis obtinet, hoc & in re commodata a veteribus ſine ſcrupulo obſervatum eſt; quia commodatarii, qui ad diligentiam exactiſſimam tenetur, maxime omnium intereſt, *l. 5. in fin.* cum 2. *ll. ſeqq. D. Comm. l. 14. §. 17. & ſeqq. de furt.* ſed Juſtinianus in *l. ult. C. de furt.* & in *§. 16. h. t.* in hanc ſummam conſtituit; Si res commodata ſurrepta ſit, ut optio detur domino rei commodatæ, utrum actione commodati adverſus commodatarium, an furti adverſus furem velit experiri. * Ratio, cur huic magis detur electio, quam antecedentibus, eſt, quia commodatum in ſolius commodatarii gratiam, nullo commodantis commodo initur, ideoque ratio volebat, ut ſaltem hac in parte plus commodanti indulgeretur. Quod ſi dominus rei alterutram actionem elegerit, deinceps pœnitere non poteſt, niſi ignoraverit, rem eſſe ſurreptam, *§. 16. h. l. ult. C. de furt.*

16. Depoſitario, de re depoſita ſibi ſurrepta nulla datur actio, quia ipſe non tenetur de levi culpa, nec proin ad rem domino reſtituendam, ideoque nihil ipſius intereſt, *§. 17. h.* Quid ſi culpa lata depoſitarii res erepta fuerit? nec quidem habet actionem, quia culpa lata pro dolo habetur, *l. 32. D. depoſit.* nemo autem ex dolo ſuo actionem conſequitur, *l. 12. §. 1. & l. 14. §. 3. de Furt.*

SCHOLIUM.

Sed verius eſt, eum furti agere, ſi culpam quoque repromiſerit, vel pretium depoſitionis acceperit, ** per l. 2. §. 24. ff. de vi bon. rapt. *quam bene monet Vinnius* in not. ad §. ult. Inſt. de vi bon. rapt. *non recte interpunctam eſſe, ſed legi debere:* Nam & furti actionem habeo, ſi in re depoſita culpam quoque repromiſi, vel pretium depoſitionis non quaſi mercedem accepi. Utilius dicendum eſt &c.

De vi bonorum raptorum, iiſdem caſibus depoſitarii agere poſſunt, quod utrumque eſt *in l. 2. §. 24. de vi bonor. raptor.* In *§. 18.* quæritur, an impubes furtum committere poſſit? & reſponſio eſt, impuberem pubertati proximum capacem doli atque furti eſſe videri, *l. 3. de Reg. Jur.*

* Hanc optionem ſecundum Jus Saxonicum commodanti non competere, contendit Schneidew. *ad §. 16. Inſt. h. n. 1. arg.* des Land. R. *l. 2. art. 60.* Sed, ſicuti hunc articulum aliter explicat Schilter. *ad ff. Exerc. 25. §. 7.* ita alii rectius hic nullam inter Jus Civile & Saxonicum agnoſcunt differentiam, ſed apud nos quoque commodanti relinquunt arbitrium, utrum actione furti adverſus furem, an commodati judicio adverſus commodatarium experiri velit, *arg.* L. R. *L. 3. art. 22. & 26.* Carpzov. *P. 2. C. 26. Def. 5. n. 8.* Mencken. *ad ff. h. t. §. 15.*

** Ita vero non erit contractus depoſiti regularis, de quo tamen Huberus in præmiſſis egit. Depoſitum, quo depoſitario pretium depoſitionis aut merces datur, in contractum mandati aut locati degenerat; hic levis culpæ præſtationi ſubjicitur depoſitarius, cujus intereſt, *v. §. 17. I. h. t.* ergo de re ſurrepta dabitur ipſi actio.

& l. 23. de Furt. infantes & infantiæ proximos excuſari, res ipſa loquitur, *d. §. 18.*

17. (l) Actio furti in duplum & in quadruplum eſt mere pœnalis, *§. ult. h. §. 18. infra de Action.* præter quas, duæ actiones rei perſecutoriæ dantur. Una eſt rei vindicatio, qua dominus rem furto ſurreptam petit a quolibet ejus poſſeſſore, *d. §. ult. h. l. 9. & l. 23. de R. V.* Altera eſt condictio furtiva, qua Dominus rem ipſam, vel ejus æſtimationem petit a fure, vel ejus heredibus in ſolidum, & non tantum quatenus res ad illos pervenit, *l. 1. & 9. D. de condict. furtiva.* Datur & hæc actio ſoli domino, *l. 1. de condict. furt. §. 14. infra de Action.* imo & creditori, *l. 22. pr. de pignor. act.* ſcilicet incerti condictio, ratione poſſeſſionis, ut docetur in *l. 12. §. fin. de condict. furt.* Datur, ut modo diximus, in ſolidum, etſi forte ad heredes nihil pervenerit, ut diſerte traditur in *l. 7. §. ult. & l. 9. de condict. furt.* tametſi contra diſputet Cujac. *7. obſerv. 37. & 13. obſerv. 37.* Enim vero ad pleraſque leges objectas facilis eſt reſponſio; ſed quod in *l. 6. §. 4. Rer. amot.* dicitur: heredem mulieris, quæ res viri divortii cauſa amovit, rerum amotarum actione teneri, ſicut heres tenetur condictione furtiva, habet difficultatem, quia rerum amotarum actio tantum datur in heredem, quatenus pervenit, *l. ult. C. Rer. amot.* cum vere ſit ex delicto, licet rei perſecutoria, *l. 12. §. 5. D. eod.* quales actiones non dantur in heredem, niſi quatenus pervenit, *l. 44. de R. J.* Poteſt quidem excipi, condictionem furtivam non eſſe ex delicto, ſed occaſione tantum delicti; pendere quidem ex furto, ut eſt in *l. 36. de O. & A.* non eſſe tamen formaliter ex furto, quia tum deberet eſſe famoſa, cum furtum ſit delictum inprimis famoſum, *l. 5. de his, qui infam. not.* ut accuratius ad *§. 14. infra de Action.* Nec etiam altera deeſt ratio, cur rerum amotarum melior ſit actio, quam furti condictio in heredem; honos enim matrimonii multa fert in hac actione beniguiora, quam in furto vulgari jubet, ſed nihil ominus illa comparatio in *d. l. 6. §. 4.* moleſta eſt; nam ſi dicas, hactenus dari actionem amotarum & condictionem, quod utraque detur in heredes, diſcrepare autem in eo, quod altera in ſolidum, altera in id quod pervenit, detur; obſtat tum, quod ubi actio plane in heredes negatur, nihilominus in id quod pervenit procedat, *l. 4. & 5. in pr. de Calumniat.*, ſic frigidiſſima fuerit comparatio. Nec evades aliter, quam Paulum, poſito, amotarum actionem in heredem dari, condictionis obiter meminiſſe, nec ibi id egiſſe, ut exacte rem exponeret: Non eſt ſane illa vis eorum verborum, ut Ulpiani ſententiam in *d. l. 9. de Condict. furt.* πραγματικῶς expoſitam, evertere queat. Quid ſi ita, Heres mulieris tenetur *act. rer. amot.* ut ejuſdem heres mulieris tenetur condictione, de qua in *l. 3. ſitque comparatio non generalis,* ſed reſpectu mulieris duntaxat. Textus quoque reſtringunt. Nam *l. 3. §. pen. D. pecul.* Patrem ait dominumque, de furto filii ſervique teneri condictione, quatenus eſt locupletior, de herede non loquitur; nec aliud in *l. 3. §. ult. Rer. Amot.* Plus coloris eſt in *l. 9. §. ult.* cum *l. 10. de Tutel. & ration. diſtrah.* ubi actio furti, injuriæ, damni, condictio, morte tutoris interire dicuntur: Sed prædicatum illud, *morte tutoris intereunt*, neceſſe non eſt, omnibus convenire præmiſſis, pleriſque congruat, & ſufficit, ut ſæpe alias; exemplo ſit *l. 9. de duob. reis.* ubi, *ſed & cæteris contractibus, veluti emptione, venditione, locatione, conductione, depoſito, commodato, teſtamento.* Idque in *d. l. 9. in fin.* maxime admittendum, ubi prædicatum in textu ſequenti diverſoque auctore demum ſequitur. Reliqui textus, qui moventur, ut *l. 3. §. ult. de alienat. jud. mut. cauſ. l. 59. de O. & A. & l. 52. de R. V.* ſimileſque, nihil aliud habent, quam pro delictis heredes non teneri, niſi quatenus ſunt locupletiores, ſecus ac in contractibus: qua de re infra dicetur, *ad §. 1. de perpet. & temp. act.* Cæterum, & hæ actiones rei perſecutoriæ concurrunt cumulative cum pœnali, ita, ut poſtquam furti in duplum, vel quadruplum eſt actum, adhuc rei vindicatio, vel condictio furtiva inſtitui poſſit, *§. ult. h. l. 7. §. 1. de condict. furt.* Sed condictio furtiva & rei vindicatio, concurrunt elective, *l. 43. §. 1. de R. J.* Dicitur autem electivus concurſus, quando una electa, altera actio conſumitur. Regula autem ſumma de concurſu eſt hæc; quod idem bis peti non debet, *l. 57. de R. J.* quatenus igitur actionum finis diverſus eſt, eatenus cumulantur; quatenus in idem tendunt, conſumuntur, *l. 34. §. ult. de Oblig. & action.* ſed hoc capitulum alibi plenius exequendum erit.

(l) *Poſ. 29.*

Digitized by Google

TIT. II.

De Vi bonorum raptorum.

Quid rapina, & de actione inde oriunda. De rapina rei propriæ, vel quaſi propriæ. Quibus hæc actio detur.

(a) RApina eſt violenta rei mobilis ablatio, fraudandi & lucrifaciendi animo facta; & in rebus tantum mobilibus committitur, *l. 1. C. de vi bon. rapt.* ubi, *actio vi bonorum raptorum potius ad mobilia, quam ad fundos pertinet;* vocula *potius*, θετικῶς, non comparative accipitur; nam res immobiles non dicuntur rapi, ſed invadi, *§. 1. in fin. h. l. 7. C. unde vi.* de quo agitur publico judicio de vi, nec non interdicto de vi & vi armata, ut in Digeſtis occurret. vide *l. 2. §. 1. h. t.* Actio ex hoc delicto dicitur de vi bonorum raptorum, eſtque in quadruplum, cui tamen rei perſecutio ineſt, ita ut pœna duntaxat tripli ſit, ac ita mitior hæc actio videtur quam furti manifeſti: tamen qui in rapina deprehenſus eſt, is etiam furti actione manifeſti tenetur; non deprehenſus, non manifeſti, *l. 80. §. 3. de furt. l. 1. D. de Vi bonor. raptor.* & raptor inſuper judicio publico de vi poteſt conveniri, *ut infra.* Imperator ipſe fatetur *in h. pr.* ridiculum eſſe, *levioris conditionis eum qui vi rapit haberi, quam qui clam amovet;* eſt enim raptor fur, & quidem fur improbior, *l. 2. §. 10. D. h. t. & l. 14. §. 12. Quod met. c.* ſervatque etiam hoc Juſtinianus, quod raptor ſimpliciter poſitus fure graviorem habet pœnam; ſemper enim triplo mulctatur, cum fur plerumque duplo fungi queat; Quando autem uterque eſt manifeſtus, uterque in quadruplum tenetur, *d. l. 1. h. t.* Unde remanet tamen, quod fur deprehenſus, actione civili gravius plectitur, quam raptor non deprehenſus, & quod ambo deprehenſi pariter adficiuntur, atque ita in hac hypotheſi poteſt fieri, ut raptor, ſcilicet non deprehenſus, graviori actione teneatur, quam fur deprehenſus. Ea res hanc habet rationem, quod paterfamilias, qui furem deprehendit, in honorem vigilantiæ & ſtrenuitatis largius eſt habendus; Quod autem ad majorem rapinæ atrocitatem attinet, ea parte Legislator rigori Juſtitiæ ſatisfecit publico de vi judicio, ut dictum, & dicendum amplius. Enimvero gravius eſſe delictum, furto rapinam, res ipſa & textus modo citati loquuntur; quo enim major ſocietatis communis perturbatio in quoque delicto, tanto illud gravius cenſetur: tametſi in contractibus aliisque negotiis, in quibus fraudandi animus ſpectatur, ex eo, quod clam fit, præſumptio deterior colligitur, *l. ult. de rit. nupt. l. 31. de Negot. geſt. l. 54. de adminiſtr. tut.* Tim. Fab. *diſp. Anniverſ. 26. th. 7.* Secus hanc rem accipere videtur Ariſtoteles, *Rhetor.* ad *Alex. c. 12.* Δεινότερά μοι δοκοῦσιν οἱ κλέπτοντες τῶν ληϊζομένων ποιεῖν, οἱ μὲν γὰρ λαθραίως. οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα περιαιροῦνται. *Gravius mihi fures quam latrones delinquere videntur; Nam illi clam, hi palam bona nobis auferunt.* At non πολιτικῶς ita Ariſtoteles, ſed eſt παράδοξον ἐξ ὑπερβολῆς, exemplum paradoxi ex hyperbole, qualia Rhetori ſuo ſuppeditat in illo capite Philoſophus. Unum ſupereſt in *d. pr. h. t.* quod hæc actio intra annum datur in quadruplum, poſt annum in ſimplum; at hoc inde fit, quia prætoria eſt actio, qua de re infra *tit. de perpet. & temporal. Action. in pr.* Notandi ſunt denique caſus duo excepti, de Rapina, quorum altero pœna dupli eſt, cui ineſt rei perſecutio, quando ſcil. Chriſtianus rem eripuit Judæo, *l. 6. C. de pagan.* altero, damnatur Raptor in quadruplum, quod eſt mera pœna, qui navicularios diripit, *l. 5. C. de Navicul.*

2. Ex verbis, *animo lucrifaciendi*, colligitur, ſi quis rapuerit non animo lucrifaciendi, ſed quia putat ſuam eſſe rem, vel ſibi deberi, eum non eſſe raptorem, nec proinde in quadruplum teneri, *l. 2. §. 18. h. t.* ſed quia rem mali exempli fecit, *l. 176. pr. de R. J.* ſibimetipſi jus dicendo; idcirco, ſi vere dominus aut creditor eſt, jus dominii, vel crediti amittit, *l. 13. D. quod metus cauſa.** Si vero putet, ſe dominum eſſe, vel

* Hanc pœnam, quam D. Marcus *d. l. 13. ff. quod met. cauſ.* introduxit, confirmavit *R. I. de Ann. 1532. §. 15. & Ord. Camer. Wormat. d. ann. 1521. t. 32. §. 1.* In Saxonia tamen eam non obtinere, ſed invaſorem Parti ad emendam 30. ſolidorum *L. 2.* alter Schock teneri, & arbitraria pœna a judice multari, *arg. LR. Lib. 3.*

(a) *Poſ. 1. 2.*

rem ſibi deberi, non ſit tamen, tunc duplo punitur, id eſt rem ſuam reſtituere, ac inſuper ejus pretium ſolvere debet, *l. 7. C. unde vi.* Quæritur autem, ipſo jure dominium amittatur, an per ſententiam; & videtur ipſo jure; ſic tamen ut ſententia opus ſit declaratoria, quoties de furto ambigitur, Gloſſ. *d. l. 13.* D. Wiſſenbach. *diſ. 42. ad Inſt. th. 6.* ſed cui acquiritur rei Dominium; Fiſco? an adverſario? De Fiſco nihil ſancitum eſt; manet igitur res ſuo loco, penes poſſeſſorem, in ſolatium quoque injuriæ, quam paſſus eſt, per *l. ult. C. de Litigioſ.* Giphan. *ad l. 7. C. unde vi.* Denique notandum, eos demum ab ordinaria raptorum pœna excuſari, qui juris errore ſuas res per vim aliis eripuerunt, quod ſi bene conſcii, id ſibi non licere, tamen auſi fuerint, dicendum, eos vere eſſe raptores, & actione bonorum raptorum teneri: quod Imperator in *§. 1. h. t.* prudenter monet his verbis, *imprudens juris eo animo rapuerit, quaſi domino liceat per vim rem ſuam auferre a poſſeſſoribus.* Ita ſupplevit Juſtinianus id, quod indiſtincte ſcriptum eſt in *l. 2. §. 18. de vi bon. raptor.*

SCHOLIUM.

Quod ſi ergo res quidem mea ſit, ſed ſciam, autoritate privata eam auferre mihi non licere, vi bonorum raptorum me teneri putat Autor; Mihi videtur contrarium, per l. 2. §. 18. h. t. *Non obſt.* d. §. 1. *verb.* & imprudens Juris, *quæ non reſtringendi cauſa ſunt adjecta, ſed quod plerumque hac imprudentia allegari ſoleat. Faciunt verba:* ne dum talia excogitantur &c. Conſ. Wiſſenb. th. 2.

RESPONSIO.

Verba Juſtiniani plura & πραγματικώτερα mihi viſa ſunt, quam ut eluſoriam rapientium cavillationem duntaxat indicare videantur. Si quis tamen conſtitutionem, quæ in hoc §. *ſequitur, putet eſſe generalem, cuilibet liberum ejus rei judicium eſto.*

N. ADDIT.

Ergo pax inter nos eſt. Præprimis cum Autor nihil reſponderit ad objecta verba: ne dum talia excogitantur &c.

3. Datur hæc actio iiſdem, quibus actio furti competit, iiſdemque caſibus, *§. ult. in fin. h. t.* ſcilicet iis, quorum intereſt, adeoque non tantum illis, quorum in bonis, ſed etiam, quorum ex bonis res eſt. Dicuntur autem eſſe ex bonis ea, quorum utilitas, cuſtodia, vel periculum ad nos pertinet, ut ſunt res locatæ, pignoratæ, commodatæ, uſufructuariæ & ſimiles, *§. ult. h. l. 2. §. 22. h.* de quarum rerum periculo ſuis locis actum fuit. Scilicet, hoc non agitur, ut dominium accipiant hi, quorum ex bonis res ſunt; ſed illud ſolum, quanti intereſt rem non fuiſſe ereptam, *d. l. 2. §. 22.* Poſtremo tria velim notari; I. Cum actione de vi bonorum raptorum, non concurrere cumulative condictionem furtivam, ſed elective duntaxat, quatenus huic quadruplo ſimplum etiam ineſt. II. Quia condictio prodita eſt hac cauſa, non putavit prætor actionem in heredem raptoris eſſe porrigendam, ne quidem in id, quod ad eum pervenit, vel quatenus locupletior eſt factus, quod alioqui in omnibus criminibus obtinet, *d. l. 2. §. ult. t.* Tertio ſciendum, in edicto de vi bonorum raptorum, egiſſe Prætorem quoque de turba, hoc eſt de damno coactis hominibus dato *l. 2. & l. 4. in pr. h. t.* qua de re ad *tit. D. de vi bonor. rapt.* dicetur.

TIT. III.

De Lege Aquilia.

Quid damnum heic, & ſententia Cap. 1. Leg. Aquil. Non teneri eum, qui ſervavit moderamen inculpatæ tutelæ, & quale hoc. De Præſtatione culpæ plenius. Sitne pœnalis hæc actio, an rei perſecutoria. De Judicio L. Cornel. ob cædem hominis. Cap. alterum L. Aquil. Differentia hujus actionis.

art. 43. & 47. & Gloſſ. *ad* Weichb. *art. 29.* tuentur Reinhard. *Differ. P. 4. diff. 11.* Coler. *P. 1. Dec. 125. n. 2.* Hartmann. Piſtor. *p. 1. qu. 16. n. 1.* Schultz. *Syn. Inſtitut. h. tit. Lit. b.* verb. *de Jure Saxonico.* Carpzov. *P. 4. C. Elect. 35. Def. 11. 12.* Stryk. *Uſ. Mod. ff. tit. quod met. cauſ. 1. 8.* atque ita *reſp. Fac. Jur. Lipſ. m. Jan. 707.* Mencken. *Tr. Syn. Inſt. h. t. §. 3.* diſſent. Gœddeus *Conſ. 68. n. 10.* Schilter. *ad ff. Exerc. 11. th. 12. ſeqq.* Berger. *Reſol. Leg. obſt. ad L. 43. Tit. 3. p. 759. ſeqq.* adde Diſp. Svevi *de Edicto Divi Marci.*

(a) Ter-

Digitized by Google

(a) TErtium delictum privatum, eſt Damnum injuria datum, quod vindicatur lege Aquilia, quæ eſt proprie Plebiſcitum, *l. 1. §. 1. h. t.* Legis enim commune vocabulum eſt, ut alias dictum. Damnum generaliter ſignificat omnem patrimonii diminutionem, *l. 3. de damno inf.* & injuria hic, pro eo, quod non fit jure, adeoque etiam pro culpa ſumitur, *pr. tit. ſeq.* At hoc loco ſtrictius de eo, quod ſine lucro committentis perpetratur, DAMNUM intelligitur, re perdita, vel corrupta. Legis autem Aquiliæ olim tria fuere capita, ſed hodie duo ſolummodo exſtant. Primo cautum eſt, ut qui ſervum alienum alienamve pecudem interfecerit, is tantum præſtet, quanti ſervus aut pecus intra annum retro computandum plurimi fuerit, *in pr. & §. 1. h. tit.* ἐν τῷ τῆς ἀναιρέσεως ἐνιαυτῷ, in anno, quo pecus interfectum eſt, ait Theoph. Pecudes autem dicuntur quadrupedes, quæ gregatim paſci ſolent, *d. §. 1.* quas inter & ſues habendas, probat Cæſar & Marcianus in *l. 65. §. 4. de Leg. 3.* ex Homero, *Odyſſ. 13.* Forte ſues ita fere apud Græcos, quemadmodum apud nos habitæ fuerunt, magis ut in cœno ſe volutarent, vel in ſtabulis ſeorſim cubarent, quam gregatim paſcerentur, alioqui Cæſar tam ſolicite argumenta in hanc rem ex Homero non quæſiviſſet; Enimvero in vicina Weſtfalia nihil egent argumentis tam longe petitis, ad probandum, ſues gregatim paſci.

SCHOLIUM.

Ergo magis mirum, hac de re dubitaſſe Feltmannum in lib. de Incluſione animalium. *cui ſatisfecimus alibi.*

2. (b) Oportet autem injuria, id eſt, nullo jure cædem eſſe commiſſam, ſeu dolo, ſive culpa, *§. 2 & ſeqq. h. tit.* Qui igitur vitæ ſervandæ cauſa, moderamine inculpatæ tutelæ adhibito, ſervum, vel pecudem interfecit, is non tenetur, *§. 2. l. 4. h. & l. 45. §. 4. h. t.* Inculpata autem tutela duobus conſtat requiſitis, *primo*, ut vis corpori noſtro illata ſit, *l. 3. de Juſtit.* *Secundo*, ut aliter nullo modo periculum evitari potuerit, *l. 45. §. 4. D. h. t.* Dixi, ut *corpori* vis illata ſit, requiri; non, ut alii, *vitæ*; Nam & pudicitiæ cauſa tuendæ cædem eſſe licitam, ſanctiſſima generis humani reputatio, & exempla volunt laudatiſſima.

SCHOLIUM.

Diſerte Paulus l. 5. recept. ſent. tit. 23. Qui latronem cædem ſibi inferentem, vel alium quemlibet ſtuprum inferentem, (*ita enim lege cum Grotio* de J. B. & P. l. 2. c. 1. §. 7. in notis, *quamvis aliter Cujaciana Paulianarum editio* p. m. 91.) occiderit, puniri non placuit. Alius enim vitam, alius pudorem, publico facinore defendit. *Nec hoc ſaltem jure civili licitum, ſed etiam in foro conſcientiæ, propter metum juſtum conſentiendi peccato, vel ad momentum titillationis libidinoſæ. Aliter Dn. Pufend.* de J. N. lib. 2. c. 5. §. 11.

Igitur ob vim bonis noſtris illatam, non videtur eſſe licitum hominem occidere, nec is, qui fugere potuit, occidere autem maluit, omnino liber erit *a pœna, arg. l. 9. ad L. Cornel. de Sicar.* fugere autem debet is, qui invaditur, ſi abſque periculo ſubducere ſe potuerit, cum longo ſatis intervallo abeſſet, & receptum in propinquo haberet: nam alioqui fugiendo terga proderet inimico, ſeque ineptum ad reſiſtendum redderet; nec aliud, opinor, volunt ſibi *Dd.* quando invaſum teneri ad fugiendum ſtatuunt; alioqui recte ab illis diſſentiret D. Voet. *ad h. t. §. 2. n. 2.* adde de inculpata tutela D. Wiſſenbach. *diſp. 5. ad Inſt. th. 7. & ſeqq.* Proinde, qui reputationem qualiſcunque ignominiæ periculum effugere dedignatus eſt, cum facultas daretur, is hac lege ſine dubio tenetur: * ſufficit enim aliquam vel minimam adfuiſſe culpam; quin & is, qui in extremo periculo invaſorem ferire cupiens, tertium percuſſit, invitus licet, nihilominus tenetur, *l. 45. §. 4. h. t.* hæc utique de lege Aquiliæ duntaxat intelligemus, nam in lege Cornelia, quæ homicidas ultore ferro perſequitur, culpa non incidit in ſanctionem *l. 7. ad L. Cornel.* **

* Conf. Edict. Saxon. *de Duellis de a. 1712. d. 2. Jul. §. 25.* verb. ohne es vor *diſreputir*lich zu achten. *Et proœm. verb.* ſondern ſich an der ihnen in dieſem *Mandat* zu *Reparation* ſeiner Ehre geſetzten Maſſe, begnügenlaſſen ſolle.

** Jus Saxonicum Commune & Electorale homicidam culpoſum, quoties tantum relegatione, aut mitiore, non vero pœna corporis afflictiva afficitur, jubet proximis Agnatis aut Cognatis, necem defuncti vindicantibus, præſtare Wergeldum, LR. *l. 3. art. 45. P. 4. C. El. 11.* quod maſculo occiſo multam 20. thalerorum, fœmina occiſa 10. thaleror. complectitur. Carpz. *Prax. Crim. qu. 34. n. 12. & 25. Id. ad. d. C. def. 3.*

(a) *Poſ. 1. 2.* (b) *Poſ. 3. & ſeqq.*

Sic

Sic alioqui non eſt neceſſe, ut is, qui ſe defendit, primum ictum exſpectet; aut paribus armis utatur; Sed quando periculum eſt certum, nihil intereſt, quibus mediis ſalutem tueamur, *arg. l.3. de Juſt. & Jur. & l. C. unde vi.* Quod autem dictum, ob vim bonis illatam, non eſſe inculpatam corporis tutelam, id reſpectu L. Corneliæ atque homicidii intelligitur, non ratione L. Aquiliæ, quatenus defenſio abſque cæde hominis fieri poteſt, *arg. d. l. 9.* proinde pecudem rei defendendæ gratia interficere, nihil vetat.

3. Qui caſu fortuito damnum dedit ſine culpa, Lege Aquilia non tenetur, *§.3. h.* Exempla exſtant in *§.4. & §.5.* ubi quidem caſus fortuiti non collocantur, quales alioqui ſolent intelligi θεῦ βία, *vi divina*: cum facta hominum inconſulta in *dd.* verſibus memorentur; ſed caſus intelligantur, quibus nihil culpæ ratione poteſt imputari: quemadmodum, ſi quis jaculis ſe exercens hominem tranſeuntem vulneraverit; Nam ſi is intra officii ſui morisque ſoliti limites ſe continuerit, nihil eſt quod teneatur; ſecus, ſi exceſſerit illos, ut ſi non fuerit miles, cui jus ſit in eo loco ſe exercendi, vel ſi miles id alibi inſtituerit, *d. §. 4. l. 9. §. ult. h. t.* Idem juris eſt in ſphæriſteriis ludisque palmariis, in quibus ſi cui oculus ſit perfoſſus, aut crus eliſum, ut non ita dudum Hagæ Comitis ictu ſibi fatali accidit Egregio viro *Gulielmo Hagio*, JCto & Poëtæ noſtrati eximio, nulla inde actio damni aut injuriæ datur; modo nihil ab altero commiſſum omiſſumve ſit, quod more publico in ejusmodi ludis erat obſervandum. Huc etiam pertinet caſus mirabilis in *l. 11. h. t.* ubi caſus, cum quis pila percuſſa in tonſoris manus eam dejecerat, & ſic ſervi, quem tonſor radebat, gula fuit præciſa, adjecto cultello; Nam ſi tonſor in loco ſibi conſueto raſerit hominem, ipſe caret culpa; ut & is, qui pila novaculam impreſſit in gulam, ſi locus ad luſum fuerit deſtinatus; alioqui tenebitur; adde caſum non abſimilem in *l. 52. §. ult. eod. tit.* Sic etiam nulla poteſt argui culpa lignatoris, qui amputatis ramis tranſeuntem læſerit, quem non præviderat, modo iter aut via non fuerit illac, etenim tali caſu proclamare debet, *§.5. h. l. 31. D. eod.* Cæterum, culpa præſtatur hic omnis, etiam leviſſima, *d. §.3.* quod ſecus in aliis delictis, in quibus nemo niſi de tolo tenetur. Ratio differentiæ, quia hic non agitur de pœna corporis, aut infamia, ſed tantum, uter damnum ferre debeat: Ratio autem vult, ut potius ille, cujus aliqua eſt culpa, ferat damnum, quam ut is, cujus nulla coargui poteſt, DELICTI reus habeatur.

SCHOLIUM.

Coërcet quidem lex Aquilia culpam, ſed damnum culpa datum non ſpectat ad vera delicta. Dixi in Philoſoph. jur. §. 145.

RESPONSIO.

Non conducit philoſophia ad reformationem Artis, ſed ad explicationem, vel ad Digreſſiones amœnasque obſervationes, quo ſi D. Thomaſii Scholium pertinet, bene eſt; Tu alioqui ſic habeto; Damnum Legis Aquiliæ eſſe verum delictum, quia πραγματικῶς a Juris Auctoribus ita traditum & inculcatum eſt: nec ratio deeſt. de qua in loco.

N. ADDIT.

Forte aliter ſcripſiſſet Autor, quam ut tanta fiducia aſſeruiſſet, damnum Legis Aquiliæ in univerſum ad verum delictum pertinere, ſi ſententiam noſtram in allegato loco potuiſſet inſpicere. Ergo nil aliud hic agemus, quam ut iſtum locum apponamus. Dixeram ibidem §. 142. & 143. *Denique obligationem ex quaſi-delictis quod attinet, & in horum natura explicanda Tribonianus Cajum* in d. l. 5. §. 4. ſeq. de O. & A. κατὰ πόδα *ſecutus, magis remotive procedit, quam poſitive,* t. t. Inſt. de obl. quæ qs. ex del. naſc. *Interpretes vero & hic in communi conceptu formando parum conveniunt. Mihi videtur res non incommode expediri poſſe, ſi dicam, toties obligationem ex qs. delicto (Ergo ſi forte alia actio ex culpa deſcendens in Digeſtis deprehendatur, in* l. 5. de O. & A. & in tit. de obl. quæ qs. ex d. n. *non recenſita, & illa orietur ex qs. delicto) oriri, quoties culpa mea aliquod damnum datum; toties ex vero delicto, quoties damnum datum per dolum meum,* arg. tot. tit. de obl. quæ qs. ex d. n. d. l. 5. §. 4. ſeq. de O. & A. *Dico: culpa mea. Non enim ſentio cum Dn. Struv.* exerc. 48. th. 8. *diſtinguente inter culpam propriam & alienam. Ex illa dicit oriri delictum imperfectum; Ex aliena, quæ ſaltem in alterum redundet, ut is ex culpa præſumpta teneatur, quaſi-delictum. Nam in Judice imperite judicante adeſt ſane culpa propria. Imo*

Richt. *Dec. 2. n. 3.* Plures autem occiſores ad integrum Werigeldum præſtandum obſtringi, docet idem Carpzov. *ad d. C. def. 4.* & Moller. *ad eand. n. 7.*

Digitized by Google

hæc in omnibus quaſi-delictis obtinet, quamvis forte ita diſtinguere poſſes: per culpam meam alicui damnum dari vel immediate, ut ſi imperite judicem; vel mediante facto alterius illicito ſive doloſo, ſive culpoſo, cujus exemplum in §. 1. & 3. Inſt. h. t. *Illud autem de damno per injuriam dato in ſpecie notandum, quamvis ad vera delicta referatur*, pr. Inſt. de obl. quæ ex del. naſc. l. 4. ff. de O. & A. *quoniam tamen per eandem actionem legis Aquiliæ damnum non minus ex culpa, quam ex dolo datum coercetur, ideo, ſi accurate loqui velis, in caſibus ſpecialibus, ſi damnum dolo datum fuerit, actio ex vero delicto oritur, ſi ſaltem culpa, ex quaſi-delicto. Quæ actionis hujus diverſa fundamenta, ideo a Triboniano, vel JCtis non videntur ſeparata, quia eundem producunt effectum. A vero delicto autem tanquam potiori, facta denominatio. Quod non mirandum, cum adhuc magis diverſa fundamenta non infrequens ſit, in jure haud ſeparari, ſed a potiori nomen accipere, ſi idem ſit eorum effectus, ne ſcilicet entia præter neceſſitatem multiplicentur. Nam v. g. actiones ex contractibus venientes tales manent, etiamſi delictum quoque verſetur*, l. 49. de O. & A. *Jam judicet lector, quænam ſententia artem reformet, vel explicet convenientius, an mea, an Autoris Philoſophia.*

Leviſſimæ autem culpæ exemplum eſt *in* §. 8. in iis, qui mularum aut equorum impetum, propter imperitiam aut infirmitatem retinere non potuerunt; ſufficit enim, ita damnum eſſe commiſſum, ut alius id in ſimili occaſione devitare potuiſſet, *d.* §. 8. quæ eſt deſcriptio leviſſimæ culpæ, *§. 1. in fin. Inſt. de oblig. ex quaſi-contract.* Nam imperitia medici * male ſecantis venam, aut clyſtere inteſtina lædentis, aut medicamentum præpoſtere miſcentis, ad levem, aut aliquando ad latiorem culpam accedit, ut in §. 7. traditur: Medicus enim ex præcepto Hippocratis μηδὲν εἰκῆ, μηδὲν παρορῶν facere debet: ſatis autem ex illis exemplis patet, non eſſe tantum Medicos, qui hodie dicuntur, ſed & pharmacopolas, & chirurgos eorum appellatione contineri; nec enim partitio olim Medicinæ in tres partes erat cognita, ſed iidem pharmaca miſcebant & præparabant, qui præſcribebant & applicabant, *l. 7. §. fin. & l. 8. h. t.* ſed qui ſuſcepta hominis cura medicus, licet re bene hactenus geſta, ſine juſta cauſa ejus curationem dereliquit, doli, aut ſane culpæ latæ non poteſt excuſari, *§. 6. h. t. l. 8. eod.* ubi recte additur, ſi ob id homo perierit; nam ſi & alias moriendum ei fuerit, hæc actio ceſſat, imo a deſperatis notiſſimum rectiſſimumque Hippocratis præceptum eſt, abſtinendam eſſe medicinam.

4. (c) In §. 9. traditur, actionem legis Aquiliæ eſſe ex genere pœnalium, quia poteſt fieri, ut plus præſtetur, quam res valuit cum daretur damnum, neque tamen ſemper in hypotheſi exitum judicii pœnalem eſſe videmus; nam ſi res nunquam fuerit pluris, quam fuit, cum perderetur, eventus judicii eſt rei perſecutorius: neque enim hoc pœnale facit judicium, quod is, qui damnum dedit, ſupra rem tenetur, in omne id quod intereſt; quatenus id certum fuit; hoc enim nihil quam res eſt, cujus exempla vid. *in h. §. 10. l. 21. §. ult.* cum *ll. ſeqq. h. t.* Etenim quoties actor nihilo plus quam quod abeſt, ſibi conſequitur, ratio juris vult actionem eſſe rei perſecutoriam, licet reus luere debeat quod non percepit, *l. 35. de O. & A.* qua de re ad *§. 1. infra de perpet. & temp. act.* etiam vero illic de ultimis hujus §. verbis; *conſtat in heredem hanc actionem non tranſire, quæ tranſitura fuiſſet, ſi ultra damnum nunquam lis æſtimaretur:* hoc eſt, ſi actio fuiſſet rei perſecutoria, quemadmodum in *d. §. 1.* explicatur. Sed an igitur, ſi contingat exitum hujus judicii eſſe rei perſecutorium, ut ſæpe fit, in heredem actio datur? Minime; niſi ex damno dato locupletior forte ſit factus, *l. 23. §. 8. ad L. Aquil.*** Sufficit enim generaliter, ut ne in heredem detur; mutatio in hypotheſi non infert juris diverſitatem; præter quod ex delicto nihilominus

* Ideoque Jure Saxonico pœna arbitraria carceris, aut relegationis, afficiuntur, quam omnibus iis, quibus commiſſum eſt a magiſtratu, ut decumbentibus, inprimis peſtis tempore, victum aut alia neceſſaria ſuppeditent, ſi ægrotos negligant & perire ſinant, dictitat *P. 4. Conſt. 5. §. 5.* add. Philip. *Uſ. Pr. Inſt. lib. 4. Ecl. 16. n. 3. ſeq.*

** Etiam in Saxonia tunc in hæredem datur hæc actio, ſi ex damno ab anteceſſore dato ſit factus locupletior, ceu pron. *F. J. L. m. Maj. 705.* Menck. *Tr. Syn. Inſt. h. t. §. 5.*

(c) *Poſ. 11. & ſeq.*

datur hæc actio, cujus odium in heredem non transmittitur. Quamvis autem, cum res non fuit pluris quam cum periret, effectus actionis ſimpliciter ſit rei perſecutorius, damni tamen autor nihilo ſecus male mulctatur. Cum enim, ut plerumque res eſt, nihil ad ipſum utilitatis e delicto pervenerit, non modo tamen ad rei peremptæ pretium, ſed etiam ad id quod intereſt, reſtituendum tenetur, quod exemplis Imperator illuſtrat in *§. 10. h. l. 21. l. 22. & l. 23. eod.* inter quæ de ſervo herede inſtituto & occiſo, antequam juſſu domini adiret hereditatem, id obſervandum, ſiquidem ſervus ſit mortuus ante teſtatorem, a quo erat inſtitutus, eo caſu non videri ad pretium hereditatis agi poſſe; Scriptum eſt enim in textu, *hereditatis amiſſæ rationem eſſe habendam;* ſed ante obitum teſtatoris hereditas dici nequit amiſſa, quia viventis nulla penitus eſt hereditas, *l. 1. de hered. vend.* Atque hoc monent Dd. quando id quod intereſt, debere ajunt eſſe radicatum certumque, non nimis longe petitum; nec adventitii caſus computandi ſunt, *l. 6. Qui & a quib. manum.* Quod igitur vere amiſſum eſt, id debetur atque petendum eſt; amiſiſſe autem dicimur id, quod aut conſequi potuimus, aut erogare cogimur, *l. 33. in fin. h. t.* Quantum autem illud ſit, in univerſum æſtimari nequit; aliquando tantundem, aliquando nihil, ut habetur in *l. 13. de Re Judic.* ſane etiam aliquando plus, nam id quod intereſt, in caſibus certis ad duplum usque nec ultra adſcendit, *l. un. C. de ſent. pr. eo, quod inter.* ubi caſus incerti ſine præſcriptione dupli ſecundum id, quod revera abeſt, dicuntur æſtimandi. Delicta autem ad caſus certos an incertos referenda ſint, dubitatur; propius vero eſt, primam conſtitutionis partem, quæ magnitudinem æſtimationis, licet veræ, limitat & coercet, in delictis ceſſare, nec ibi quicquam eſſe rationis, quare non plena veritas ejus quod intereſt, in condemnationem ſit deducenda, ut diſputat Perez. ad *d. l. un. n. 20.* Wiſſenbach. *diſp. 42. th. 19.* Id vero minus dubii recipit, id quod intereſt, redigi ad æſtimationem communem, non ad affectionem ſingularem, quæ in phantaſia hominum conſiſtens nullam recipit æſtimationem, qua de re pluribus agitur in *l. 33. D. de L. Aquil.*

5. (d) Sed quid hoc eſt, quod de pecude, nec non de homine occiſo agitur in hac lege pari modo, numquid hoc abſurditatis abſolvi poteſt? Tu dic, ſervum dupliciter conſiderari. *Primo* ut eſt in commercio, *rurſus* ut eſt membrum ſocietatis humanæ. *Primo* reſpectu in hac lege pecudibus comparatur, *l. 2. §. 2. h. t.* *Altero*, cædes ſervi perinde ac hominis liberi, punitur capitali pœna ex *L. Cornelia, §. 11. h. t.* Nam Legis Corneliæ auctor egregie memor conditionis humanæ, *l. 32. de R. J.* non putavit diſtinguendum, quis homo foret occiſus, modo conſtaret, dolo malo cædem eſſe paratam, *l. 1. §. 2. ad L. Cornel.* Qua in re differentia merito poſita eſt in illis Legibus: Nam etſi Aquilius culpam perinde ac dolum animadvertit, quod tantum de pecuniaria diminutione patrimonii agebat; Cornelius tamen, qui ad capitale ſupplicium adſurgebat, culpam pro dolo non habuit, ne quidem maximam & latam, *l. 7. ad L. Cornel. de ſicar.* Et hæc judicia L. Aquiliæ atque Corneliæ concurrunt cumulative, ita ut uni per alteram non fiat præjudicium, *l. 23. §. 9. h. tit.* * ratione manifeſta, quod in diverſa tendunt hæc judicia, & diverſis dantur perſonis, cum alterum ſit privatum,

* Sed *P. 4. C. El. 12.* eum, qui ob homicidium capitis ſupplicium ſuſtinet, aut pro delicti modo fuſtigatione, vel manus amputatione coercetur, in expenſas litis, aut ad præſtationem damni, quod ex defuncti nece liberi, aut proximi ejus cognati, ſentiunt, condemnari poſſe negat. Conſtitutio hæc 12. novam declarationem ſuſtinuit in Raub. *Mand. d. 1719.* §. Wir wollen. cujus verba apponere lubet: Jngleichen denen Gerichten, was dieſe oder auch die Unterthanen, nach theils Orten Gebrauch zu Führung der Inquiſition, bey dergleichen ſo wohl als allen andern Criminal-Fällen aufgewendet, ebener maſſen zu reſtituiren angehalten, und alſo die *12. Conſtitutio Elect. part. IV.* bloß von demjenigen Caſu verſtanden werde, und anzunehmen ſey, wo beym Todtſchlägen des Umgebrachten Erben Actionem Criminalem per modum accuſationis anſtellen, welches hingegen auch ſelbſt ceſſiret, wenn die Sache auf Denunciation, oder ex officio von dem Richter durch Inquiſition tractiret worden &c. Conf. Carpzov. *ad d. C. def. 1. 2. & 7.* ubi addit, nec viduæ ex occiſoris bonis alimenta deberi; Aſt, qui ob culpoſum homicidium relegatione tantum coercetur, ab eo etiam in Saxonia expenſæ judiciales, præcedente earum liquidatione & moderatione, exigi queunt, *d. C.* ad quam vid. Carpzov. *def. 3. & 7.*

(d) *Reſ. 2.*

alte-

alterum vero publicum judicium. An autem uno libello hæ actiones duæ cumulari poſſint, alia quæſtio fuerit, quam alibi commodius tractabimus. Nota eſt objectio ex *l. 4. de publicis judiciis*, ubi dicitur præjudicium fieri *L. Corneliæ* per L. Aquiliam: Nimirum, quatenus pendet Actio L. Aquiliæ, tantiſper enim Lege Cornelia agi non poteſt, finita autem ea procedi poteſt ad alteram, rurſus evidenti ratione, quod deciſio criminis ex Lege Cornelia pendet ex cognitione cauſæ in actione Legis Aquiliæ; cum factum ſcil. utrobique ſit idem, iisdemque probationibus adſtruendum: ut etiam ſic merito Lex Aquilia præjudicium facere dicatur L. Corneliæ; quatenus illa viam ſternit ad alterum gravius judicium.

6. (e) Caput ſecundum L. Aquiliæ in uſu non eſt & penitus ignoratur, *§. 12. h. l. 27. §. 4. h. t.* Sunt qui credunt, eo cautum fuiſſe de intercepta nobis utilitate aliqua, cujus exemplum Cujacius adducit ex Plinio *lib. 9. Natur. hiſtor. c. 59.* ubi eſt de anthia piſce conciliatore aliorum capiendorum & fraude alterius capta. Probabilior eſt Chifletii conjectura, quam laudat D. Voetius *comment. ad §. 12. h. t.* Videri forte an de ſervo corrupto actum in hoc capite, quod ideo poſtea ſit abrogatum, quia Prætor in edicto de ſervo corrupto duplum ſimpliciter eſt pollicitus, cum in Lege Aquilia duplum non adjudicetur, niſi poſt improbam infitiationem, *§. 26. infr. de Action.* * Tertio capite cautum eſt de omni damno, quod præter cædem ſervi & pecudis datum fuerit, ſive pecudes vulnerentur, ſive animalia, quæ pecudum numero non habentur, interfecta ſint, ſive aliæ res qualibet fractæ, ruptæ, uſtæ, ſciſſæ, colliſæ, effuſæ, corruptæ, & quoquo modo peremptæ ac deteriores ſint factæ, quæ omnes cauſæ atque ſpecies ſub voce *ruptæ*, ſenſu vocis originali comprehenduntur, *§. 13. h. & l. 27. §. 13.* cum *ſeqq. h. t.* Huc varia pertinent; Sutor puero parum bene facienti quod demonſtraverat, forma calcei cervicem percuſſit, ut oculus puero perfunderetur, magiſter hoc capite tenetur, *l. 5. §. ult. h. t.* cum *ll. ſeqq.* Etiam is, qui fructus alienos diſſecuit immaturos; nam ſi maturos, duntaxat impenſas amittit, *l. 27. §. 25.* Si naves occurſu mutuo ſint læſæ, datur actio in reum culpæ; ſi non liqueat, neuter tenetur, ſuum quisque fert caſum, *l. 29. §. 4. h.* Moribus fere contributio fit, Wiſſenb. *th. 20.* Qui metu incendii latius evagaturi vicinas ædes intercidit, non tenetur, etſi ignis eo non pervenerit, *l. 49. §. 1.* niſi metus haud cordati hominis fuerit, *l. 7. §. 4.* *Quod vi aut clam. & arg. d. l. 49. §. 1.* verb. *magna vi cogente.* Tutius hæc res magiſtratibus relinquitur. Caſus alios & hiſtorias vide, ſis, in *l. 30. §. pen. l. 45. §. 3. & l. 52. §. 1. & 2. d. tit.* & toto paſſim titulo. Etiam vulnus liberi hominis huc pertinet, non ad æſtimationem corporis, deformitatis, aut doloris; quoniam hæ ſunt affectiones liberi corporis; quod, quæque, non recipit, nec recipiunt æſtimationem, ſed ratione damni pecuniarii, læſo aut interfecti heredibus illati, *l. ult. ff. ſi quadrup. pauper. feciſ. dic.* Statuta tamen Gentium damna liberorum corporum pretio quoque ſæpius æſtimant, ** inter quæ maxime notabilia ſunt Ebræorum, recenſita a Puſendorffio *de J. N. & G. l. 3. c. 1.* ut addit D. Thomaſius. Sed ancilla devirginata, datur actio directa Legis Aquiliæ. Quod autem de dolo aut culpa dictum eſt in capite præcedenti, id hic pro repetito habendum, *§. 14.* Item hic quoque præſtatur, quanti res plurimi fuit, ſed intra menſem loco anni, quem in capite primo ſervatum fuiſ-

* Conf. Ger. Noodt *ad L. Aquil. Cap. 13. p. 69.* qui incognitum hujus capitis tenorem aſſeverat; Claud. Chiflet. *d. Leg. Aquilia*, illud de ſervo corrupto egiſſe autumat; Cujacii conjecturam ab Autore adductam, laudat Mornacius *ad l. 27. §. 4. ff. ad L. Aquil.* Corn. v. Bynckershœck *caput ſecundum L. Aquil. de dejectis vel effuſis egiſſe*, *ex l. 5. §. 4. ff. d. his, qui eff. vel dej.* concludit, *in Obſervat. Jur. Rom. L. l. c. 13.*

** Apud Saxones læſo, intuitu dolorum corporisve lacerati, debetur Emenda, cujus quantitatem Judex determinat, *a. L. R. l. 1. art. 16. l. 3. a. 48.* Nam licet olim pro vulnere ſaltim 30. ſolidi, & ruſticis tantum quindecim præſtarentur, Carpzov. *P. 4. C. 42. d. 14.* Colerus *P. 1. dec. 161. n. 32.* uſu tamen contrarium merito obtinuit, adeoque arbitraria mulcta, ob liberum corpus læſum, dictari ſolet. vid. *P. 4. C. El. 42. §. ſ.* & Carpzov. *ibid. def. 16.* eund. *Prax. Crim. qu. 99. th. 32.* Schilt. *ad ff. Exerc. 19. th. 31. ſeqq.* Sed nec hanc emendam peti poſſe, ſi ex vulnere criminaliter agatur ad pœnam corporis afflictivam, docent Jac. Schultes. *ad Modeſt. Piſt. P. 3. quæſt. 107. n. 38.* Carpzov. *l. c. def. 14. j.* Schilter. *l. c. th. 67. ſeqq.*

(e) *Poſ. 14. & ſeqq.*

ſe audivimus, *§. 15. h. tit.* Moribus hodiernis ea particula legis, *quanti res plurimi fuit*, non obſervatur, ſed in verum pretium, & id quod intereſt, agendum, Grœnew. *ad h. t.* * quemadmodum de omnibus pœnis legalibus *infra* intelligemus.

7. (f) Actio Legis Aquiliæ eſt vel directa, vel utilis, vel in factum.

SCHOLIUM.

Hanc actionem in factum, ab actione utili per Tribonianum male ſeparari, oſtendi in Philoſ. Jur. §. 149. & ad *Strauch.* XIX. 12. p. 256.

RESPONSIO.

Nos utimur jure Juſtiniani; Quod an recte ſe habeat, Digreſſionum *conſideratio eſt. Sane utiles & in factum actiones, aliquando promiſcue accipi, mox intelligemus.*

N. ADDIT.

Sed jure Juſtiniani uti non poſſumus, quod nullum intellectum habet, & craſſam Triboniani ignorantiam palpabiliter oſtentat. Verum eſto & hac de re judicium Lectoris. Apponam ſaltem loca, ad quæ ſcholium provocat. Ex diſſertatione de Philoſophia Juris, verba ita ſe habent, §. 146. ſeqq. *Cum omnis actio ſit remedium violentum, nec in civitate ob omnem obligationem naturalem perfectam, concedatur actio,* per §. 60. *igitur ne ſubditi fluctuent, ſed caſibus emergentibus ſtatim ipſis conſtet, an ob iſtam obligationem actio ſit prodita, nec ne, e re Reip. eſt, ut ejusmodi proditæ ſint regulæ, ad quarum normam caſus obvenientes judicari poſſint. Et in republ. quidem Romana, vel facta ſuit illa regularum præſcriptio immediate per leges civiles, vel (deficiente lege civili, æquitate tamen ſuadente, ut actio concederetur) mediate per Prætoris officium, qua de cauſa actiones dividuntur in civiles & prætorias,* §. 3. Inſt. de act. *quarum hæ etiam vocantur actiones in factum,* l. 11. de præſcr. verb. l. 5. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim. l. 3. pr. de eo per quem fact. l. 23. §. 5. l. 52. de R. V. *Sed leges ſcire non hoc eſt, verba earum noſſe, ſed vim earum & poteſtatem,* l. 17. de leg. *Id quod & in legibus, quæ regulas formandarum actionum præſcribunt, valet, quapropter ſæpiſſime evenit, ut caſus emergens, quamvis non ad verba legis, aut edicti Prætoris, accommodari potuerit, ad mentem tamen & ſententiam Legiſlatoris, aut Prætoris, quadraverit, atque adeo interpretationem deſideraverit Prudentum, vel quandoque etiam (in actionibus ſcilicet legitimis,) ipſius prætoris,* d. l. 11. de præſcript. verb. *Ex quo nata eſt diſtinctio inter actionem directam, quæ ex verbis regulæ oritur,* l. 37. de O. & A. l. 47. §. 1. de neg. geſt. l. 24. de tut. & rat. diſtrah. *& utilem, quæ menti & ſententiæ regulæ eſt accommdata,* d. l. 37. de O. & A. d. l. 11. de præſcript. verb. l. 5. §. pen. de conſt. pecun. *Et hæc utilis actio vocatur etiam non infrequenter actio in factum,* d. l. 11. de P. V. l. 19. l. 29. §. penult. & l. 53. ad L. Aquil. conf. *Struv.* exerc. 25. th. 23. & exerc. 46. th. 76. *Vides ergo, actionis in factum nomine non ſolum venire actionem prætoriam, ſed & utilem, qui duo ſignificatus nequaquam confundendi ſunt. Confudiſſe vero eos maxime videtur Tribonianus in* §. ult. Inſt. ad L. Aquil. *tres actiones memorans ex lege Aquilia deſcendentes, directam, utilem, & in factum, & ultimam quidem ab utili ſatis aperte ſeparans. Non recte, & contra Philoſophiam JCtorum veterum. Scilicet cum in* l. 7. §. 7. de dol. *Labeonis doctrinam legiſſet, eum, qui ſervum meum compeditum miſericordia ductus ſolverit, ut fugeret, actione in factum teneri, neſcio quo pacto evenit, ut actionem hanc in factum ab illa actione ſepararet, quæ datur, ſi quis v. g. hominem alienum, aut pecus, ita incluſit ut fame necaretur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut præcipitaretur &c. cum tamen hæc diſerte vocetur actio in factum,* l. 9. §. 2. ad L. Aquil. l. 29. §. penult. & l. 53. eod. *Igitur ſi conferas differentiam, quam Tribonianus inter actionem directam, utilem, & in factum* d. §. ult. *eſſe ait, cum legibus Digeſtorum, apparebit, eam eſſe falſiſſimam, & ex Triboniani cerebro excogitatam. Nam quæ ſecundum regulam Triboniani deberent eſſe actiones utiles, omnes in Pandectis ſunt actiones in factum,* vid. l. 7. §. 3. & 6. & l. 9. pr. §. 3. ff. ad L. Aquil. & alias plures. *Et omnino in damno leg. Aquil. actionem in factum cum actione utili coincidere, docet* d. l. 11. de P. V. *Miror, hunc Triboniani errorem a nullo Com-*

* Etiam noſtris moribus Actio Legis Aquiliæ cenſetur eſſe rei perſecutoria, ac reus præſtat ſimplicem rei æſtimationem, qualis fuit eo tempore, cum damnum dediſſet; Struv. *S. J. Civ. Ex. 14. th. 25.* Brunnem. *ad L. 27. ff. ad L. Aquil. n. 7.* Carpz. *P. 4. Conſt. 37. def. 8.* Secus erit, ſi cum alia actione cumuletur, e. g. ad emendam multamque tendente; Menck. *d. l. §. 10.*

(f) *Poſ. 16. & ſeqq.*

menta-

Digitized by Google

mentatorum ad Inſtituta, quos mihi quidem evolvere licuit, fuiſſe obſervatum, imo ab Hubero ad Inſtit. tit. de lege Aquil. th. 8. *per diſtinctionem inter actionem in factum, civilem, & prætoriam, & forte ab aliis, ſed fruſtra (nam diſtinctio Huberi non convenit* d. l. 11. de P. V. & d. l. 7. §. 7. de dolo. reliquisque in theſi allegatis) *defenſum, cum tamen turbet totam doctrinam de actione directa & utili. Quapropter ut ex Pandectis breviter reſtituatur Actio legis Aquil. duplex, dico, directam eſſe, quæ oritur ex verbis legis Aquil.* l. 2. pr. & l. 27. §. 4. ff. d. t. *recenſitis*, l. 7. §. 7. l. 9. pr. §. 1. & l. 11. §. 5. & 7. eod. *eam autem, quæ oritur ex mente & ſententia legis, nihil aliud volentis, quam ut omne damnum per culpam meam alteri datum reſarciatur, quamvis ad verba legis non poſſit accommodari, eſſe utilem*, l. 13. ff. eod. *ſeu quod idem eſt, in factum*, l. 9. pr. & l. 11. §. 5. eod. *His addideram in notis ad Strauchium* d. p. 256. *Acceſſit forte alius, qui Tribonianum in hunc errorem perduxit, pravus intellectus* l. 33. §. 1. ad L. Aquil. *ubi Paulus:* In damnis, *inquit*, quæ lege Aquil. non tenentur, in factum datur actio. *Putavit igitur Tribonianus, phraſin hanc:* quæ lege Aquilia non tenentur, *ita intelligendam eſſe, quaſi actio in factum ſit de damnis, quæ nec verbis, nec ſententia legis Aquiliæ contineantur, cum tamen haud dubio loquatur JCtus ſaltem de illis damnis, quæ non continentur verbis legis Aquiliæ, continentur tamen ejus ratione, ob quæ danda eſt actio in factum, ſeu quod idem eſt, legis Aquiliæ utilis.*

Directa, quæ oritur ex ipſis verbis legis, quæ proprie in eum convenit, qui ſuo corpore, & in corpus damnum dedit: Veluti, quando quis hominem aut pecudem * alienam ſuis manibus trucidavit, *§. ult. in pr. h. t. l. 51. eod. Utilis* Actio eſt, quæ a verbis L. recedens per interpretationem & ex mente legis inde deducitur, veluti, cum quis damnum quidem in corpus, at non corpore ſuo dedit. Exempla ſunt in textu; ſi quis pecudem alienam ita incluſerit, ut fame necaretur, aut jumentum ſic egerit, ut rumperetur, vel præcipitaretur; exempla plura vide in *l. 7. §. 3. & 6. & l. 9. D. eod. tit.* Eo quoque pertinet, quod de liberi corporis detrimento ſuperius obſervatum eſt. In factum Actio eſt, quæ longius a verbis legis recedit, & remotiori conſequentia exinde deducitur. Scil. quando nec corpore, nec in corpus damnum eſt datum, ſed alio modo alicui detrimentum eſt illatum; quo forte & exemplum illud ex Plinio de anthia piſce referri poteſt. Juſtinianus *in fin. h. t.* habet exemplum hominis, qui alienum ſervum miſericordia ductus compeditum ſolvit, quod & in pecudibus fieri poteſt; Corpus igitur oportet integrum manſerit, ut locus ſit actioni in factum.

SCHOLIUM.

Corpus oportet integrum manſerit, ut locus ſit actioni in factum, *inquit Autor: magis, ut puto ad mentem Triboniani in* d. §. ult. *quam ex vero. Nam ſi periit pecus, utique damnum datum fuit in corpus, etſi non corpore, quorſum & referenda* l. 11. §. 5. h. t. *cujus caſus haud dubie a Triboniano ad actionem utilem fuiſſet relatus.*

RESPONSIO.

Cum heic de damno agatur, oportere hoc in ipſum corpus deſinere, per conſequentiam plusquam certum eſt. De ipſo actu damni dati hic loquimur, non de eo, quid inde ſequitur. De cætero vide ſis ea, quæ mox ſubjiciemus.

N. ADDIT.

Nullus eſt ſenſus Scholii mei, prout hic poſitum eſt, quia Autor omiſit verba poſitionis, ad quæ iſtud obſervaveram. Nimirum hoc Scholio notare volebam, quod Autor in poſitione, actionis in factum exemplum dederit ſequens, ſi pecudem alienam emiſiſti a paſcuo, vel compedibus ſolviſti, & periit, *eamque in rem allegaverat* §. ult. h. t. *addita* lege 11. §. 5. h. t. *Et igitur oſtendere volui, iſtud* & periit, *non eſſe ad mentem* d. §. ult. *Jam ergo facile videt Lector, reſponſionem Autoris rem magis implicare, quam explicare. Primo enim falſum eſt, quod dicit, plus quam certum eſſe, ideo, quia de damno hic agitur, oportere hoc in ipſum corpus deſinere per conſequentiam. Nam* v. g. *ſi ſervum, vel pecudem alterius ſolvas, & aufugiant, ut neſcias ubi ſint, nullum damnum ne*

* Jure Saxonico ſi animal voluptuarium occiſum, vel æque bonum, vel Wergeldum ejus præſtandum eſt; **Landr.** *L. 3. art. 47.* Pro non voluptuario Wergeldum, ſ. æſtimatio ſimpliciter debetur, *Ibid. art. 51.* Illi vero æſtimationi, quam jus Saxonicum commune fecit, ob aucta animalium pretia, non amplius inſiſtitur, ſed judicis arbitrio taxa committi ſolet.

quidem per conſequentiam, in corpus ſervi, vel pecudis datum eſt. Secundo, prioribus verbis modo relatis, contradicunt ſequentia: De ipſo actu damni dati hic loquimur, non de eo, quid inde ſequitur. Tertio, falſum eſt, quod in exemplo propoſito non ſit locutus de eo, quod inde ſequatur: nam iſtud & periit, *reſpicit omnino id quod actum damni dati*, v. g. *emiſſionem e paſcuo, aut ſolutionem ſecutum eſt.*

Atqui in *d. l. 7. §. 3. & 6.* & inprimis in *d. l. 9. h. t.* exempla varia actionis in factum referuntur, in quibus damnum in corpus ipſum palpabile datur, etiam de homine necato, quod exemplum *§. ult. h. t.* ad actionem utilem refertur, & tamen in *d. l. 9. §. 2.* actionem in factum parere dicitur. Scilicet, in factum actiones aliæ civiles, aliæ ſunt prætoriæ. Nam generaliter in factum actiones dicuntur, quæ cum certo nomine legisque principio careant, ſecundum æquitatem *facti* ipſius, pariunt actionem, interpretatione JCtorum, aut extenſione Prætoris, *l. 11. de Præſcr. verb.* JCti verecundius & quam proxime ad verba Legum: Prætores, qui publicam juris ſtatuendi poteſtatem habebant, audacius & longius ab ſtylo ſcriptoque Legum. Utræque actiones ad utilitatem civium uſusque forenſis conſtituuntur, *d. l. 11.* Sed quas JCti tradunt, hæ *κατ' ἐξοχὴν* utiles; Prætoriæ magis in factum appellantur, licet utræque & utiles & in factum ſint: hinc patet conciliatio, quod modo utiles, modo in factum actiones, exiguo, vel nullo diſcrimine vocantur. Et hæc quidem differentia actionum directarum & utilium, toto jure inſignem habet uſum; ut directæ ſunt, inquam, quæ ex verbis legum & propria cujusque negotii natura veniunt; utiles, quæ ob affinitatem rationisque paritatem, JCtorum interpretatione ad agendi facultatem productæ ſunt: Quid actiones in factum differant a præſcriptis verbis actionibus, *alibi* trademus.

Tit. IV.

De Injuriis.

Definitio Injuriæ ejusque exegeſis. Diviſio. Quatenus per alios actio injuriarum naſcitur. Pœna injuriæ. Quæ actiones aliæ de injuriis dentur. Quibus modis tollatur hæc actio.

(a) DE vocabulo injuriæ agit *ἀκριβῶς* in hoc *pr.* Imperator, non ſane pro conſuetudine ſua. Generaliter, inquit, injuria dicitur omne quod non jure fit; atque ita tres iterum ſignificationes diverſas comprehendit: Nam ut *ὕστερον πρότερον* eas exſequamur, omnis *iniquitas & injuſtitia* dicitur injuria, *πᾶσα ἀνομία καὶ ἀδικία*: quanquam ut hæc ſignificatio differat a generali, parum video, niſi limites eam, quatenus adverſus alium committitur, quo ſane exemplum a Cæſare memoratum, de judice, qui contra aliquem injuſte pronunciat, pertinet; cui minime obſtat, quod Prætor etiam cum inique decernit, jus reddere dicitur, *l. pen. de Juſt. & Jur.* hoc enim ad effectum rei judicatæ, quæ jus victori tribuit, non ad injuriam judicantis tollendam pertinet. Altera ſignificatio eſt, qua culpam notat injuria, licet dolus abſit; *ἀδίκημα*, vel potius *ἁμάρτημα*, veluti in Lege Aquilia damnum injuria datum accipitur. Poſtremo contumelia, quæ a contemnendo dicta eſt, vocabulo injuriæ exprimitur, *d. pr. h. t.* Et in hoc ſenſu veriſſimum eſt, quod Ulpianus in *l. 1. §. 5. in fin. de Injur.* ſcribit ex Ariſtot. *lib. 5. Ethic. c. 11.* volenti non fieri injuriam; nihil obſtantibus, quæ contra moventur a D. Wiſſenbachio *diſp. 43. ad Inſtit. th. 3.* Equidem ſi injuriæ vocabulum de quavis *ἀνομίᾳ καὶ ἀδικίᾳ* ſumatur, non eſt dubitandum, quin æſtimatio injuriæ non pendeat ex voluntate patientis, ſed ex regulis juſtitiæ ſit metienda. Ariſtot. autem, quando ita dixit; *ἀδικεῖται δ' οὐδεὶς ἑκών*, nemo ſponte injuriam patitur; id reſpectu patientis, & juris, quod ei ſit comparatum, loquitur, non de eo, quod in ſe bonum atque juſtum ſit. Jam in poſteriore ſenſu, quando injuria exponitur per contumeliam, definimus eam, quod ſit; *Delictum in contumeliam alterius dolo malo admiſſum.* Alii diſtinguunt injuriam a contumelia. Sic Auguſtinus *Confeſſ. 3. c. 8.* Sive per contumeliam, inquit, ſive per injuriam. Seneca explicatius *lib. in ſapientem non cadere injur. cap. 10. Contumelia eſt minor*, inquit, *injuria, quam queri magis quam exequi poſſumus, quam Leges quoque nulla di-*

(a) *Poſ. 1.*

gnam

Digitized by Google

gnam vindictam putaverunt: Hunc affectum contrahit humilitas animi, contrahentis ſe ob factum dictumque inhonorificum &c. cujusmodi exemplum dein refert Senatoris, qui a Corbulone in ſenatu appellatus contemptim ſtruthiocamelus, lacrymis fleverat. Sed JCti inter contumeliam & injuriam contemnendi cauſa factam, non diſtinguunt, *l. 5. §. 1. ad L. Aquil. l. 27. §. 3. de pact.* ubi, *injuriarum actio naſcitur ex contumelia.* Dictum eſt in definitione, *dolo malo* admiſſum, quia non cenſetur admiſſa injuria, niſi animus adſit malitioſus & injurioſus; nam ſicut furtum & rapina, ſic etiam injuria, ex affectu facientis æſtimatur, *l. 3. §. 1. h. t. Dolo malo,* non quovis, ſed cum animo injuriæ faciendæ; nam ſi aſtrologus, aut illicitæ divinationis magiſter, ex arte licet nefaria conſultus, aliquem furem eſſe, qui non erat, dixerit, injuriarum non tenetur, aliter puniendus, *l. 15. §. 13. h. t.* Magiſtratus poteſtate ſua abutentes in contumeliam aliorum, non ſunt liberi ab hac actione, ſed tantum, ſi quid Reip. cauſa ſecundum bonos mores fecerint, *l. 32. & ſeq. h. t.* Cæterum a parte patientis, animi conſilium, aut conſcientia, non requiritur; ſiquidem furioſi & infantes injuriam quoque patiuntur, *l. 3. §. 1. & 2. h. t.* Etiam recte agit injuriarum, qui læſus eſt a te, cum tu alium eſſe putares; ſi reſpectu alterius iſtius etiam fuiſſet injuria; Quod ſi perſona, quam ſe lædere putabat, fuerit talis, ut in eam non cecidiſſet injuriæ reputatio, tum quoque in ipſo læſo non videtur eſſe injuria, ut ſi tuum ſervum verberare credens, hominem liberum percuſſeris, *l. 3. §. 4. h. t.* Quoties autem dicta, vel facta ſunt ejusmodi, ut ex eorum proprietate inſtitutoque hominum, præ ſe ferant injuriæ interpretationem, tunc etiam adverſus reum præſumptio in deterius colligitur, ipſique probatio incumbit, *l. 5. C. h. t. & l. 1. C. ad L. Cornel. de Sicar.* ni ſaltem ex circumſtantiis probabilibus veriſimile fiat, jocandi animo fuiſſe factum, dictum; modo non ſint aſperæ facetiæ, quarum in altitudinem reſidere ſolet memoria, de quibus Tacitus *25. ann. c. 68.* De jocis innoxiis haud dubie nemo tenetur, *d. l. 3. §. 3.* Poteſt etiam fieri, ut juramento purgationis, quod dicitur vulgo, ſit locus, quæ res ab Judicis arbitratu pendet. Denique, ſi quis per injuriam provocatus in continenti injuriam retorſerit, * is doli quoque expers, magisque pudorem ſuum purgaſſe, quam alteri inſultaſſe videtur, *l. 25. de Procurat.* eoque pertinet, quod in *l. 14. §. 6. de bon. libert.* eſt ſcriptum; Ignoſcendum eſſe ei, qui ſe voluerit ulciſci provocatus: Interim eſt alia quæſtio, ſatius ex ratione & Lege Chriſti agat, qui injuriam retorquere quam pati mavult; ſæpe enim aliud judicis officium, aliud privati litigantis conſcientiam dictare, mox in hoc ipſo capite ex occaſione videbimus, atque ita nos nihil morantur, quæ D. Wiſſenbach contra iſtam ſententiam refert *diſp. 4. ad Inſtit. th. 4. & 5.* vid. tamen Tuldenum *ad tit. C. de injur. n. 4.*

SCHOLIUM.

Quæritur nimirum, an retorſionem ſalva conſcientia adhibere poſſim, quæ quæſtio, uti inter JCtos & Theologos hodiernos ventilatur, ita ſen-

* Hanc injurias verbales in injuriantem rejiciendi licentiam, confirmavit *Dec. El. 85.* ſive fiat (1) verbis, ſive ſcriptis. *d. Dec. verb.* mündlich oder ſchrifftlich in Buſem ſchieben und retorquiren; ſive (2) ab ipſo injuriato, ſive per Notarium & teſtes retorſio inſinuetur; Philipp. *ad d. Dec. 85. Obſ. 4. n. 18. ſeq.* dummodo is, qui hoc remedio uti cupit, id faciat (a) in continenti, non ex intervallo, auf unverwandtem Fuß, und ſo bald er es vernimmt oder erfähret, daß er in ſeinem Abweſen geſchmähet ſey. Carpzov. *P. 4. C. El. 47. def. 11. n. 4.* Id. *Pr. Cr. Qu. 97. n. 25.* Struv. *de Vind. priv. c. 10. aph. 9. & 11.* Berlich. *p. 3. concl. 59. n. 55.* (b) proportionate, nec retorſionis excedat terminos, unde dicta Deciſio Electoralis permittit retorquentem uti formula: Daß N. N. als kein redlicher Mann die Wahrheit geſparet, und hingegen die Unwahrheit gebraucht habe. Item: Er hielte ihn ſo lange ſelbſt vor einen ſolchen Menſchen, wofür er ihn ausgegeben, bis er es ihm beweiſe. conf. Struv. *l. c. aph. 10.* Richt. *Vol. 2. deciſ. 92. n. 18.* Carpzov. *Prax. Crim. qu. 97. n. 26. ſeq.* Retorſio autem retorſionis *d. Dec.* prohibetur, i. Philip. *ad eand. Dec. 4.* Richter. *l. c. n. 19.* nec in injuriis realibus locum habet retorſio, aut contra libellum famoſum, Carpzov. *p. 4. C. 44. Def. 7.* Jure Saxonico noviori remedium retorſionis prorſus ſublatum eſt, cujus rationes ipſe Legislator *in Edict. d. Duell. §. 22.* ita reddit: Als wollen wir &c. daß ſonſt auf gewiſſe Maſſe in der 85. neuen Deciſion verſtattete Mittel der Retorſion, welches insgemein mit vielen Exceſſen begleitet iſt, und nur zu mehrerer Verbitterung, auch neuen Klagen Anlaß giebt, nicht minder der Autorität, und dem Officio Judicis ſelbſt entgegen ſtehet, auch mit denen Regeln des Chriſtenthums nicht wohl übereinſtimmet, gänzlich aufgehoben haben.

ten-

Digitized by Google

tentiam meam dedi ad Strauch. XIX. 15. *pag.* 261. *Autor eos, qui putant, non ſalva conſcientia eam adhiberi, ſibi & legibus non contradicere ait, quod leges ſaltem de extrinſeca impunitate, non de juſtitia intrinſeca loquantur; Et recte quidem, niſi, quod de lege Chriſti immiſcet, floſculus ſit alterius doctrinæ, quem non agnoſcimus, utpote quibus firmiter perſuaſum eſt, Chriſtum non fuiſſe novum Legiſlatorem.*

RESPONSIO.

Nos æque tenemus, Chriſtum non fuiſſe novum legis conditorem; nec tamen ideo dubitamus, quin ipſi Apoſtoliſque ejus injuriarum retorſio diſplicuerit, ut ſatis diſerte exponunt Matth. V. v. 39. & 44. Rom. XII. v. 14. 1 Petr. III. v. 9. *Quo tamen præcepto non tollitur vetus talio Moſaica; Sed abuſio ejus in privatis offenſionibus coercetur. Videndum, ne nos reos faciamus Evangelii ad morem ſeculi potius quam ad Chriſti domini mentem trahendi.*

N. ADDIT.

Imo vero videndum, ne Evangelio abutamur ad tollendam Politiam, & inde extruamus leges certas, forum certum, nomine internum & ſpirituale, re ipſa ſeculare & externum. Iſta enim methodus pertinet ad arcana Papiſmi. Non miſcendum officium Doctoris & Imperantis. Hic multa tolerat, quæ abolenda eſſe illi docent.

Similis eſt eorum ratio, qui ad reprobandos teſtes contra ſe productos aliquid objecerint, quod forſitan probare nequeant; ſiquidem non offendendi lædendique, ſed defendendi ſui cauſa id objectaſſe credendus eſt, ut tamen nimis aperta falſitas atque calumnia neutiquam impunita maneat, vid. Gail. *l. 2. Obſervat. 100. l. 12. h. t. l. 44. de jure fiſci.* Covarruv. *1. var. reſolut. 11. n. 6.* Diſſent. Tulden. *ad tit. C. de inj. n. 3.* Quid ſi per ebrietatem, * iræque ** nimium calorem, dictum aliquid factumve ſit contumelioſe? Tuldenus eodem loco inter facta dictaque diſtinguit; ut illa non excuſentur ebrietate, irave ſubita, ſecus in dictis, modo ſtatim fiat revocatio; quod equidem de hodierna παλινωδίας pœna conceſſerim, de mulcta pecuniaria nequaquam, niſi tales circumſtantiæ ſint, quibus alioqui ebrietas aut calor ſtomachi a pœna debitorem liberet: ut tamen hoc verum ſit, facilius illa vitia in levioribus excuſare quam in gravioribus, *arg. l. 11. de in jus voc. l. 11. §. 2. de pœn.* Quid ſi verum crimen objectum ſit; Dicendum, ſi per iram & rixam objiciatur, locum eſſe huic actioni, niſi inſigniter Reipubl. interſit, illud crimen detegi, aut aliæ boni moris circumſtantiæ objectam injuriam probent, vel abſolvant, *l. 18. de injur.* Tulden. *Cod. h. t. n. 6.* Plures in utramque partem hujus ſententiæ auctores, vide apud Sandium *l. 5. tit. 8. deciſ. 9.* adde D. A. Matth. *Comm. de crimin. pag. prim. edit. 117. & ſeqq.*

2. (b) Dividitur injuria a modo, quo infertur, in realem, verbalem & quæ literis fit. Realis eſt, cum quis verberibus, aut alio quovis facto, vel geſtu, indigne afficitur, maxime quando manus inferuntur, veluti, cum *quis pugno pulſatus, aut fuſtibus cæſus, vel etiam verberatus* erit, *§. 1. h.* Verberare & pulſare differunt in L. Cornelia, quod pulſare ſit abſque dolore, verberare eſt cum dolore cædere, *l. 5. §. 1. de injur.* quanquam ſæpius hæc vocabula confunduntur, *l. 4. §. 13. de vi bonor. raptor.* At in hoc *§. 1.* verberandi vox diverſo adhuc ſenſu ponitur; etenim τὸ fuſtibus cædere fit etiam cum dolore; Theophilus illa tria Juſtiniani ſic reddidit, *ὁπότε τις πὺξ, ἢ ῥάβδοις ἢ ἱμάντι τυπτηθῇ*, quando quis pugno, aut virgis, ſive fuſtibus, aut loris fuit cæſus, ut tum verberare ſignificet flagris cædere, quod erat maxime ſervile, unde ſervilia verbera, *l. 7. de pœn.* Sæpe fit etiam realis injuria ſine manuum

* Ebrietatem injuriam quandoque tollere, quandoque minuere, etiam Saxonici JCti ſtatuunt, vid. Carpzov. *p. 4. C. 12. D. 10.* Aliud autem ſentiendum in Electorali Saxonia videtur, poſtquam Potentiſſ. Rex noviſſimo Mandato cavit, ebrietatem in his delictis ne quidem ad mitigandam pœnam delinquenti prodeſſe debere, vid. das erneuerte und geſchärffte Mandat wider die Selbſt-Rache, Friedens-Stöhrungen und Duelle, *d. an. 1712.* præfat. verb. inſonderheit vor Vollſauffen, als welches, wie es an ſich ſelbſt ſündlich, alſo in keinem Verbrechen zu Linderung der Straffe dienen, ſondern allenthalben, als ob es vorſetzlich geſchehe, angenommen und beſtraffet werden ſoll.

** Adde dictum Mandat. Potent. Regis noſtri §. *11.* ex quo apparet, eum, qui reali injuria ab altero affectus (mit Hand- oder Fauſt-Schlägen) alterum in continenti ſcutica aut baculo percuſſit, aut vulneravit, mitius quidem, quam alias, coerceri, per tres menſes tamen in carcere detinendum eſſe; Deprecatio quoque hoc caſu ceſſat.

(b) *Poſ. 10. & ſeqq.*

illatione,

illatione, veluti cum quis bona alicujus quaſi debitoris, qui nihil debebat, poſſedit; ſi quis patremfamilias, aut prætextatum prætextatamve, id eſt puerum puellamve, a togis prætextis ita dictas, adſectatus fuerit, impudicitiæ cauſa, *d. §. 1. h.* ſi quis alium vexandi cauſa in jus vocet, *l. 13. §. 3.* ſi quis in invidiam alterius veſte lugubri utatur, aut ſquallida, vel ſi barbam demittat capillosve ſubmittat, *l. 15. §. 27. h. t.* Quæ res ad notiſſimum morem veterum ſpectat, quo non modo rei criminis, ſed & omnes ſanguine, vel affinitate propinqui, miſerationis captandæ gratia, veſtem ſordidam induere, barbam alere, capillum ſubmittere ſolebant, ut locis auctorum adductis ad *d. §. 27.* probat Gothofredus; adde *l. 39. eod. tit.* ubi modus huic rei ſtatuitur. Si quis igitur tali habitu ſordidatus in publicum prodierit, quaſi alterius periculum lugens, cum is non eſſet reus, hic merito injuriæ accuſabatur. Seneca 10. *declam. 1. Sordidatus es, non queror, ſed ſi ſordes tuæ invidiam mihi concitant, queror.*

3. Sequitur verbalis injuria, quæ fit convitio, hoc eſt *ἡνίκα τις ἐν ἐπισήμῳ τόπῳ τῆς πόλεως ὕβριν ἐπαγάγῃ μοι, ὥςε καὶ ὄχλον ἐντεῦθεν συναχθῆναι*, quando quis in celebri loco civitatis injuriam mihi infert, ita ut concurſus inde fiat hominum, Theoph. *h.* convitium enim quaſi convocium appellatur, *l. 15. §. 4. h. t.* Quicquid igitur in cœtu dicitur, id eſt convitium, reliqua non proprie convitia, ſed maledicta, vel infamandi cauſa dicta intelliguntur, *d. l. 15. §. 11. & 12.* Actio autem injuriarum ſine dubio de omni dicto, contra bonos mores in alicujus infamiam & invidiam ſparſo, datur, *d. l. §. 2. §. 5. & §. 25.* ita nempe, ſi rumor inde publicus oriatur; nam ſecreta obtrectatio non eſt actioni injuriæ obnoxia, quia nulla tribunalia hiſce querelis ſufficerent exequendis, ut monet Tulden. ad *d. tit. Cod. n. 9.* Quanquam autem in interpretanda injuria non eſt neceſſe conſtantiam requirere Philoſophicam, qualem Seneca deſcribit in memorato libello, *cui titulus, Sapienti injuriam* non *fieri*; tamen nec gravitatem judicis decet mollibus indulgere affectibus, ſtrepituque inani ob muliebria convitia Prætoris aures verberari. Non facile igitur dabit actionem Judex ob id, quod quis ſibi corporis, aut fortunæ vitium, veluti claudicationem, vel paupertatem objecit, niſi quid ſecus ex perſonarum actionumque circumſtantiis videatur, *arg. d. l. 15. §. 25. & ſeqq.* Tulden. *d. t. n. 7.* Nam ſi mores hominum adeo ſint alicubi perverſi, ut ſalvo pudore talia inulta ferre non liceat, Prætor, cujus officium eſt rixarum cohibere cauſas, etiam ad hoſce caſus actionem extendet; forte etiam ad eum, ſi quis alteri *tu mentiris* dixerit; Imo, ut Coraſius cenſet ad *L. ſi tam anguſti. de ſervit.* ob verba, *tu verum non dicis;* quemadmodum ſane Argentorati me præſente accidit, ut ægre ferrent Germani atque ad duellum ſeſe erumperent, eo quod dictum erat; *verum non dicis;* iidem tamen pati ſe poſſe ferebant dicentem ſibi, *hoc eſt falſum;* Nec privati tantum, ſed & publice ita ineptiunt. Heidelbergæ cum agerem, citatus fuit Noribergam, ad ſummos rei metallariæ artificum Præſides, ſocius ejus artificii, hoſpitis mei contubernalis, ut cauſam diceret non vindicati convitii trivialis, quo alius ſe illum adfeciſſe jactabat, & quidem ille, ſe non poſſe, quin moleſtiſſimum iter ſuſciperet, affirmabat; ni infamis, nec tolerandus in ullo cœtu honeſto haberi mallet. Habet hoc gens graviſſima ex *κακοζηλίᾳ* Gallorum, quorum hæc eſt vanitas, ut ob ineptias atrociter ſæviant; quando & ipſe Franciſcus Rex I. in conventu celebri Principum dixiſſe legitur, non eſſe virum honeſtum, qui mendacium ſibi objectum non vindicaret armis, haud obſcure perſtringens Carolum V. cui ipſe aliquandudum mendacii probrum objecerat, teſte Bodino *lib. 4. de Republ. c. 4.* Sic igitur verbis fit injuria, *d. l. 15. §. 2.* ex *l. 5. C. eod. tit. Literis*, cum libellus, vel ſcriptura ſpargitur in alicujus infamiam, *l. 5. §. 9. h. t.* ubi, ſi quis librum, ait textus, ad infamiam alicujus pertinentem ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, dolove malo fecerit quo quid eorum fieret, etiamſi alterius nomine ediderit, vel ſine nomine, aut etiam nomine adjecto; * nec enim excuſatur crimen impudentia & audacia. Tulden. *ad tit. C. de famoſ. libell. n. 1.*

* Apud nos pœnam libelli famoſi non incurrit, qui nomen ſuum injuriæ ſcriptæ ſubjicit, ſecundum Hartm. Piſtor. *Obſerv. 187. n. 4.* Jac. Schultes. *ad Coler. deciſ. 154. n. 16.* Philipp. *Uſ. Pr. J. L. 4. Ecl. 26. n. 8.* Finckelth. *Obſ. 38. n. 12. ſeqq.* Carpzov. *Pr. Crim. Qu. 98. n. 28. ſeq. & P. 4. C. 44. def. 3.* licet diſſent. Moller. *ad eand. n. 6.*

4. (c) Actio injuriarum non modo immediate, ſed & mediate per eos, qui in poteſtate, vel defenſione noſtra ſunt, per liberos & uxores acquiritur, ita ut ſingulis actio ſcorſim competat, *l. 1. §. ult. h. tit. §. 2. h.* etiam moribus noſtris, nec unius actio per alterius actionem conſumitur, ſine periculo, ne offendatur regula, idem bis ne petatur, cum heic ſingulæ perſonæ, de injuria ſibimet, aut mediate, aut directe illata agant, *d. l. 1. §. ult. §. 2. h.* unde liquet, fieri poſſe ex hypotheſi Juris civilis, ut ex una injuria quatuor perſonis actio diſtincta detur; mulieri nuptæ, marito ejus, atque Patri mulieris, & ſocero, quod utique hodiernis moribus ceſſat; quatenus per nuptias Patriam poteſtatem ſolvi, notiſſimum, * & alias dictum eſt. Sane mulier de injuria marito ſuo illata, non habet actionem; ut magis prævaluit, ait Imper. *d. §. 2. h.* *εἰ καί τινες ἐναντιώθησαν*, licet *aliqui ſint adverſati*; ſine dubio ex convenientia correlatorum. Sed eſt hic manifeſta differentia: nam ratio, quæ actionem viro præſtat, quod uxorem a viro defendi oporteat, nihil ad mulierem pertinet, ſub cujus tutela virum agere, non minus contumelioſum eſt, quam vivere ſub uxorio imperio. Nomine autem filiifam. agit Pater, ut alias extra cauſam peculii caſtrenſis vere, vel quaſi talis, niſi quod Patre abſente, filius admitti poteſt, *l. 17. §. 10. & ſeqq. de injur.* Dominus haud facile actionem per ſervum acquirit, niſi perquam atrox ſit injuria, vel cum reſpectu ad ipſum dominum illata, *§. 3. h.* Nam atrocior injuria in ſervum parata non relinquitur impunita, tametſi de animo & contemplatione in dominum nihil ſortaſſe liqueat, veluti, ſi virgis aut flagris ſit verberatus, vel quæſtio tormentis de eo ſit habita, *l. 15. §. 34. 35. & 43. h. t.* ſed diobolares levioresque injuriæ non aliter de ſervo competunt, quam ſi domini reſpectu odioque ſint commiſſæ; alioqui de convitio alapave, ſervo impacta, nihil actionis datur, *d. §. 3. in fin. h. t.* plane ipſi ſervo nec de parva neque de magna injuria competere poſſe actionem, ſtatus ſervi, juris omnis civilis expers, ſatis demonſtrat, *l. 15. §. 44. h. t. d. §. 3. in pr. h.* quatenus ſervi pro nullis & pro mortuis habentur, *l. 32. & l. 209. de R. J.* Quod ſi plurium dominorum communis ſit ſervus, omnes domini habent actionem, non ſinguli in ſolidum, ſed pro partibus dominicis, *l. 15. §. ult. h.* neque tamen virili æqualitate dividunt partes, ſed ut eſt cujusque dignitas, ita plus vel minus adipiſcuntur, quemadmodum mulctæ injuriarum ſemper æſtimantur, *§. 5. h. & §. 9. h. t.* nec aliter accipiendum, quod in *l. 16. eod. tit.* habetur; *Non eſt æquum pro majore parte, quam pro qua quisque dominus eſt, damnationem fieri.* Denique, ſervo fructuario & bona fide poſſeſſo injuria affecto, jus agendi domino competebat, non uſufructuario bonæve fidei poſſeſſori, niſi diſerte in contumeliam ipſorum injuriam eſſe factam conſtaret, *§. 5. & 6. h. l. 15. §. antep. & ult. h. t.* Hæc dicta ſint ad *§. 4. 5. & 6.*

5. (d) Pœna injuriæ graviſſima eſt ob libellum famoſum, quem ſcripſiſſe, ſparſiſſe, prælegiſſe, capitale eſt, *l. unic. C. de Libellis famoſis.* Videtur & alias ex L. XII. Tabb. pœna fuiſſe capitalis, ut colligi poteſt ex Auguſtino laudante locum Ciceronis 2. *de Civit. Dei c. 9.* quanquam mediæ tempore Jurisprudentiæ pœna mitior uſurpata, *l. 5. §. 9. h. t.* neque vero deeſt ratio ſeveritatis adverſus hoc delictum: quo enim major eſt ſpes impunitatis, eo graviorem oportet eſſe ſanctionem, ut fiducia latendi metu deprehenſionis coerceatur; præter quod efficaciſſima ratio propagandi aliorum infamiam ſcripto, non eſt indigna rigore intentiori. Hæc tamen lex ita hodie temperari ſolet, ut tum maxime habeat locum, quando capitale crimen alicui objicitur, aut ſeditio movetur in Republ. ** Tulden. ad *tit. C. de libell. famoſ. in pr.* Realis injuria

* Id quod cum apud nos per filiæ nuptias ſemper, filii vero, quoties peculiarem œconomiam inſtituit, contingat, v. Land. R. *L. 1. a. 31. P. 2. C. El. 10.* utroque caſu Patri actio injuriarum denegabitur. vid. Menck. *Tractat. Synopt. Inſt. h. t. p. 139.* Unde Patrem ob injuriam filiæ maritatæ agere non poſſe, reſp. *Facult. Jur. Lipſ. Ann. 1706. Menſ. Apr. & Auguſt.*

** Jus Saxonicum perinde ac Jus Imperii, de quo vid. *Ord. Crim. art. 110.* libelli famoſi pœnam conſtituit talionem, id eſt eam, quam meretur delictum alteri falſo imputatum. *P. 4. C. El. 44.* vid. Carpzov. *Pr. Crim. qu. 98. n. 13.* Hopp. *ad §. 1. Inſt. h. t. Uſ. hod.* Non tamen capitalis, ſed fuſtigationis, aut relegationis tantum, aliave arbitraria pœna eodem Jure obtinet, (1) ſi, qui proponit libellum famoſum, criminis, quod alteri objecit, veritatem probet, *d. C. §.* Ordnen. ibique Carpz. *def. 8.* Heig *P. 1. quæſt. 31. n. 44.* Phil. *Uſ. Pr. I. l. 4. Ecl. 27. §. 7. j.* Mynſing. *Cent. 4. Obſ. 4.* (2) in eo, qui libellum famoſum tantum propalavit,

(c) *Poſ. 11. &c.* (d) *Poſ. 14. & ſeqq.*

punitur

punitur Lege Cornelia, verbalis jure Prætorio; modus autem puniendi utrobique eſt idem, nempe ut is, qui injuriam eſt paſſus, eam æſtimet ad certam pecuniæ ſummam; Judex autem moderetur æſtimationem, ſecundum circumſtantias facti ipſius, loci, perſonæ, & loci vulneris, aliarumque circumſtantiarum.

6. Hæ ſumuntur ab ipſo facto, a loco & a perſona. I. A facto, id eſt a genere modove injuriæ, quarum ſunt infinitæ varietates; & advertet, inquam, judex, ne ineptiis & vitilitigiis tribunalia perſtrepant. Huc etiam pertinet locus vulneris, *§. 9. h. l. 7. in fin. & l. 9. fere per tot.* II. A loco injuriæ commiſſæ; velut ſi in foro, * in templo, vel domi cujusque propriæ ** fiat, *d. §. 9.* In loco ſecreto facta obtrectatio, vel exprobratio, non parit actionem, dix. e Tulden. *ad h. t. C. n. 9.* convicium dicitur in conventu, *l. 15. §. 4.* & ad infamandi cauſam pertinere debet, *d. l. 15. §. 5. in f. & §. 25.* III. *A perſonis* eſt præcipua diverſitas, tam eorum, qui faciunt, quam qui patiuntur, velut, ſi Magiſtratus, *** vel ſenator, ab humili perſona contumeliam acceperit; ſi doctor, ſi Verbi divini Miniſter, eorumque matresfam. ſi feminæ prægnantes, &c. *d. §. 9. d. l. 7. §. ult. h. t. & l. 4. C. eod.* Exod. XXII. v. 28. Moribus gentium æſtimatio partis læſæ obſolevit; † mulctæ ſingulis fere injuriarum ſpeciebus impoſitæ ſunt; quæ ob id genus circumſtantias augentur in duplum, triplum & ultra: quandoque Pœna quoque libelli famoſi jure civili capitalis eſt, *ut dict. el. un. C. de libell. fam.* moribus extraordinaria eſt pro circumſtantiis, *§. 10. h.*

SCHOLIUM.

Noſtris moribus ſane actio æſtimatoria eſt uſus fere quotidiani. Auctoris igitur aſſertio intelligenda de moribus Friſiæ, vid. Wiſſenbach. th. 27.

RESPONSIO.

Intellexi gentes, quæ certas mulctas ſingulis injuriarum ſpeciebus impoſuere, cujusmodi plures ſunt. Si ſcholiaſtes intelligit expetitiones mulctarum, quæ actorum arbitratu fiunt in concluſionibus libellorum ſæpe legis ultra modum, ea noſtris quoque inuſitata non eſt: Verum ejus ratio non habetur, ubi lex quantitatem præſcribit. Plura dicentur inferius.

Quæ fuerit olim pœna, non tacet Juſtinianus in *§. 7.* Ex lege XII. tabularum propter membrum quidem *ruptum*, id eſt abruptum, talio erat; propter os fractum, id eſt quamvis læſionem citra membri ademptionem, nummariæ pœnæ; talio parem vindictam ſignificat, non ita, ut eam D. Wiſſenbach. *diſp. 43. th. 8.* deſcribit, æqualia peccata æqualibus pœnis, gravia quidem graviter, levia leviter coërcendo; nam ita

Carpzov. *Pr. Crim. l. c. n. 21. ſeq.* Philipp. *l. c. n. 6.* (3) ſi aliæ circumſtantiæ concurrant, e. g tempeſtiva pœnitentia, &c. Carpz. *d. l. n. 58. ſeq.* Philipp. *d. l. n. 9.*

* *Nov. Mandat. de Duell. §. 9.* injuriæ reales in locis privilegiatis, ut reſidentiis, curiis, cancellariis &c. templis, auditoriis, præfecturis &c. illatæ ita coercentur, ut ordinaria earum pœna incarcerationis pro quarta parte augeatur, manusque delinquenti, wenn der Burg-Friede gebrochen, amputetur.

** Sic quoque atrocior fit injuria, & eodem mandato punitur, ut ordinaria carceris pœna um die Helffte ſteigt. *d. Mand. §. 10.*

*** Jure Sax. Elect. ſi injurians primi ordinis ſublimisque dignitatis, de qua vid. *Mand. d. Duell. §. 1.* ſit, injuriamque, vel verbis, vel geſtu ſuperiori ſuo ac magiſtratui intulerit, deprecationem & recantationem, ſimul carcerem 6. menſium ſubire jubetur, *d. Mand. §. 4.*

† Actionem injuriarum æſtimatoriam Jure Saxonico, quod ante Edictum de Duellis erat, non obſoleviſſe, non modo uſus fori oſtendit, vid. Carpzov. *Prax. Crim. Qu. 95. n. 5.* & Philipp. *Uſ. Pr. Inſt. L. 4. Ecl. 30. n. 10.* ubi præjud. ſed & ex ipſis Legibus Electoralibus apparuit. Ita Ordinatio politica de Ann. 1661. *tit. 5.* Von Injurien, Schänden und Schmähen. *§. 7. verb.* ſondern entweder auf eine andere Geld-Buſſe ſo er anders ſeinen Ehren dadurch gerathen zu ſeyn vermeynet. *it. §. 7. verb.* wolte aber der Beleidigte lieber *ad æſtimationem.* Ex quibus & *§. 15.* ſimul conſtabat, non poſſe partem læſam actionem æſtimatoriam cum actione ad palinodiam cumulare; adde Reſcript. Divi Joh. Georgii I. *de ann. 1637. ad Scab. Lipſ.* & Carpzov. *P. 4. C. 41. Def. 16.* Sublatus tamen videtur æſtimatoriæ actionis uſus *per Mandatum Noviſſ.* wider die Selbſt-Rache. *d. 1712.* cum ibi omnes ſolennes & formales injuriarum actiones, *ordinationi Politicæ d. a. 1661. t. 5. §. 5.* probatæ, ſive ad æſtimationem, palinodiam, ſive aliam in rationem inſtituantur, abrogatæ ſint. *d. Mand. §. 22.* In Ducatu Magdeburgico uſus Actionis injuriarum æſtimatoriæ per emendat. Ord. Proceſſ. *tit. 50. §. 10.* ſublatus eſt.

ſit omnium æſtimatio delictorum, ſed ut Lege Moſaica præſcribitur, Exodi 21. v. 23. *& ſeqq. vitam pro vita, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede, uſtionem pro uſtione, vulnus pro vulnere, tumicem pro tumice*; & Levit. 24. v. 19. *quemadmodum fecit, ſic fiat ei: prout intulerit corporis vitium homini, ſic inſertor ei.* Idem repetitur Deuteron. XIX. v. ult. Cæterum, eo modo talionis illius ineunda eſt ratio, ut ejusmodi evitentur incommoda, qualia Favorinus movet apud Gellium *lib. 20. c. 1.* nedum id genus abſurda, quæ Pythagoricæ talioni, neſcio an merito, imputantur; exempli gratia; Clodius, Pompejam Cæſaris adulteravit; Ergo pati debet, ut Cæſar ipſius uxorem corrumpat. Eſt qui auri pondo tot ſuffuratus eſt alii, proinde tantundem alter ipſi eripiet, quomodo refert D. Wiſſenbach *d. diſp. 43. th. 8.* Sed apud Romanos non erat neceſſaria talionis pœna, Reus enim paciſci poterat, cum injuriam paſſo; paciſci nolens talionis damnabatur; nec tum quidem pati cogebatur, verum Judex talionem recuſanti litem æſtimabat, atque ſic omnia in mulctam pecuniariam reſolvebantur, ut docet Cæcilius Jctus apud Gellium *loco citato.* Haud temere Favorinus *ibidem*, nummarias pœnas propter os fractum reprehendere videtur, quæ XXV. aſſibus erant definitæ, *quis enim erit tam inops, quem ab injuria facienda viginti quinque aſſes deterreant?* ait Philoſophus, additque exemplum; *L. Neratius*, inquit, *fuit egregie homo improbus, atque immani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus ſuæ palma verberare. Eum ſervus ſequebatur crumenam plenam aſſium portans; & quemcumque depalmaverat, numerari ſtatim ſecundum XII. tabb. quinque & viginti aſſes jubebat.* Atque ut mali mores plerumque bonis legibus ortum ſuppeditant, *Præterea*, inquit, *Prætores poſtea hanc Legem aboleſcere & relinqui cenſuerunt, injuriisque æſtimandis recuperatores ſe daturos edixerunt.* Sed partem abſurditatis hujus occupat Juſtinianus, in hoc *§. 7. quaſi in magna veterum paupertate*, ait, cui adde quod Cæcilius *d. l. 20. c. 1.* Gellii ſuggerit, in illa ipſa paucitate aſſium grave pondus æris fuiſſe, *Nam librariis aſſibus in ea tempeſtate populus uſus eſt*, ut ſinguli aſſes libram æris penderent, unde ſeſtertius, qui tenebat aſſes duos cum dimidio, ſic ſcribebatur LLS. hoc eſt, duæ libræ cum ſemiſſe: quæ literæ poſtea ſic notari cœperunt, ut hodieque paſſim extant, Hs. Ergone XXV. aſſes erant XXV. pondo æris? Robuſtum Neratii ſervum & immanem crumenam toties XXV. libras æris continentem, ſed de hoc *alias.* Cæterum eſt ita, quemadmodum Cæcilius idem tradit, *Legum opportunitates & medelas, pro temporum moribus &c. mutari atque flecti, neque in uno ſtatu conſiſtere, quin ut facies cœli & maris, ita rerum atque fortunæ, tempeſtatibus varientur.*

7. Pœna injuriæ, quæ ex Lege XII. tabularum introducta eſt, in deſuetudinem abiit, alia vero, quam Prætores introduxerunt, poſtea in Judiciis eſt frequentata; ut unaquæque injuria æſtimetur certa pecuniæ ſumma, quæ creſcat, aut minuatur, ſecundum gradus dignitatis vitæque honeſtatem, qui gradus per analogiam in ſervorum quoque perſonis ſunt obſervandi, *d. §. 7. l. 15. §. 44. h. t.* Atque ut Theophilus *παραφράζει*, injuriam paſſis permittitur æſtimare ſuam injuriam quanti velint; forte ſi dicat, hanc ego injuriam ne quidem pro centum aureis pati vellem, & hanc quantitatem Judex aliquando approbat, aliquando infra eam ſubſiſtit, prout ipſi viſum fuerit. e. g. Quæ injuria ſenatori illata, centum & quinquaginta nummis mulctatur, ea in privato centum æſtimabitur; at in homine minus honeſto quinquaginta duntaxat. Ita fere Theophilus: atque ita civiliter de injuriis agi mos erat. Dein Lex Cornelia de gravioribus injuriis lata eſt, qualis, ſi domus alicujus vi ſit introita, vel pulſatus aliquis ſit, aut verberatus, adeoque omnis injuria, quæ manibus infertur, huc pertinebat, *l. 5. D. in pr. de injur.* Etſi autem criminalis animadverſionis ergo hæc Lex præcipue lata videtur, tamen & civiliter, æſtimatione Judicis officio facienda, poteſt agi, *l. 37. §. 1. h. t.* Ex quibus jam colligitur, jure Prætorio non tantum de verbalibus injuriis, ſed & aliis levioribus agi; verum de iis, quæ manu fiunt, aliisque gravioribus, publicatam eſſe Legem Corneliam. In utroque autem civili Judicio æſtimationem fieri *κατὰ τὸν βαθμὸν τοῦ ἀξιώματος, τὸ ἀξιόπιστον τῆς πολιτείας τοῦ ὑβρισθέντος*, juxta gradum dignitatis, & exiſtimationem, quam is, qui injuriam paſſus eſt, habet in civitate. Cæterum, ſuperior diſcretio ad applicationem mulctæ faciendam partibus læſis dirigebatur, eoque reſpectu diverſitas perſonarum conſiderabatur. Sed alio ſenſu perſonæ quoque ratione, injuriæ diſtinguuntur, ut leviores aut graviores, prout

ſunt

ſunt magis minusve dignæ perſonæ, cenſeantur. Gravior eſt iujuria, ſi Magiſtratus, aut verbi divini miniſter, aut Nobilis & ſpectatus vir, a privato vilique homuncione, quam ſi bajulus aut quilibet privatus ab inſigni viro injuria afficiatur; ſunt & aliæ circumſtantiæ, quibus delicti æſtimatio creſcit; atrocius enim eſt cædi fuſtibus, aut vulnerari, quam os depalmari. *Locus* huc etiam pertinet, veluti cum quis in templo, vel theatro, medioque foro, indigne eſt habitus; denique locus vulneris, ut, ſi quis in oculo percuſſus fuit, maleficii pœnæque facit incrementum, ut Imperator in *§. 9.* ibique Theophilus, adde *l. 7. §. ult. & l. 9. h. t.* ubi & illud, pater an filiusfamilias ſit aliquis, nihil præſtare; nec inter virum atque mulierem diſtingui legimus: etſi non eſt abs re, ſtatuere, quod & Judicem aliquam ſexus oportet habere rationem: quatenus improbitas odiumque injuriæ creſcit ex eo, quod quis debilem ſuique defendendi impotem violaverit. Statuta Friſica *lib. 2. tit. 2. §. 23.* inter perſonas, quarum reſpectu mulctæ injuriarum duplicantur, etiam referunt mulieres ſive matronas, atque puellas; denique prægnantes triplo vindicantur. Metuendum erat, ne ſi Juſtinianus hoc ita ſanxiſſet, ei ab acutis cenſoribus, quos habet ex Interpretibus ſuis nimium multos, exprobraretur, quod ab Theodora ſubactus mollioris ſexus honori ſic conſulendum putaverit. Sed parum abeſt, quin prærogativa noſtratium matronarum uſus forenſis interpretatione, penitus enervetur & infringatur. Sic enim Vir Ampliſſ. D. Saekma in notis *MS.* memorat, id quod de mulieribus in ſtatuto ſancitur, tantum de Nobilibus & ſpectatioribus matronis accipiendum, quaſi vox *vrouwen*, in *d. §. 23.* per ſequentem, *ofte matronen*, qua voce primariæ feminæ vernaculo uſu ſignificentur, & ſic per *vel* exegeticum reſtringeretur, quomodo & judicatum refert D. Saekma. Atqui illo intellectu nihil præcipui mulieribus tribuitur, ſed tantum viris pari conditione fortunæ utentibus adæquantur. Alioqui poſſet aliquis ita exiſtimare, in his verbis, *vrouwen*, *ofte matronen*, *ende jonge Dochters*, hunc ineſſe ſenſum; oppoſitionem eſſe inter mulieres nuptas & inuptas; cum vox *vrouwen* ſit generalis conveniens nuptis & innuptis, eam limitari addito, *matronen*, qua voce nuptas honeſte viventes latius intelligi, ſatis conſtat. Sequuntur puellæ, de quibus eandem teneri diſtinctionem, non meminit D. Saekma, neque de prægnantibus eam obſervari, ſana ratio permittit. Cæterum, moribus hodiernis æſtimatio a partibus læſis, quemadmodum jure civili præcipitur, non fit, verum ſingulis injuriis mulctæ ſtatutis ſunt impoſitæ; ſicut in Friſicis Statutis fit accurate in *d. tit. 29.* Sed eſt alia moribus hodiernis injuriarum actio, quæ verbali tantum injuriæ convenit; quaque ad παλινῳδίαν ſive recantationem agitur. Sit ne autem hæc actio civilis, an criminalis, mox inquiretur. Sed hoc res ipſa loquitur, tametſi quis ob vera convitia, quemadmodum ſupra diximus, ita teneri poſſit, eum tamen ad παλινῳδίαν publicamve revocationem nequaquam teneri, ut bene tradit Sandius, *lib. 5. deciſ. tit. 8. deciſ. 7.* nec etiam æquum eſt, adigere ad παλινῳδίαν eum, qui verba injurioſa animi commotione prolata, ante litem conteſtatam revocare paratus eſt, ut idem judicatum refert, *dec. ſeq.* Imo parum abeſt, quin ab uſu fori παλινῳδία penitus receſſerit, * exemplo juris Romani, quo ignorata fuit: ne-

* Sed hanc quoque actionem Jure & conſuetudine Saxoniæ non ſublatam eſſe, *P. 4. C. El. 42. Ordinat. Pol. l. c. §. 5. & 7.* evincunt, dum injuriam atrocem paſſo facultatem largiuntur hac actione utendi. Philipp. *Uſ. Pr. Inſt. L. 4. Ecl. 22.* Carpzov. & Moller. *ad d. C.* Carpzov. *Pr. Crim. Qu. 96. n. 11. ſeq.* Berlich. *p. 5. Concl. 62.* ſoletque reo haud raro extraordinaria ſimul pœna imponi, *v. d. P. 4. C. 42.* & Philipp. *l. c. n. 11.* Carpzov. *ad d. C. def. 1.* Interim recantatoria actio eodem mandato *§. 22. in Sax. Elect.* abrogata eſt, utut injuria adfecto & denuncianti integrum ſit, deprecationem aut revocationem pro diſcrimine factæ injuriæ deſiderare, ac ſimul petere, quo pœna ſtatuta injurians, methodo *in §. 21.* præſcripta obſervata, excipiatur. Cum autem verba *d. §. 22.* ſolum de ordinario ac ſolenni procedendi modo in actione ad Palinodiam abrogato, acciperentur, *noviori mandato d. 1716. d. 4. Mart.* declaratio ſecuta eſt, & tam ordinaria quam ſummaria in hac actione procedendi ratio interdicta, ita, ut de ſimplici & plano, ſola rei veritate inſpecta, nach Art des Rügen-Proceſſes, hic quoque deprecatio injurianti injungeretur. Cæterum cum recantatio Jure Saxonico famam quodammodo ſugillet, ſalutarem eſſe ejus in ſententia condemnatoria factam reſervationem, monuit Carpzov. *Pr. Crimin. qu. 94. n. 80.*

que non durum videtur, dicta temere objecta ſic luere; ſi valde atroces circumſtantiæ diverſum non expreſſerint.

SCHOLIUM.

Apud nos autem, Saxones, actionis hujus uſus adhuc floret.

(e) Quod in *pr. tit. de obligat. ex delict.* diximus, ex privatis delictis agi poſſe duobus modis, civiliter,* atque criminaliter,** hoc etiam de injuriis affirmat Imperator in *§. 10. h. t.* ita ut in criminali accuſatione judicis officio extraordinaria pœna pro meritis circumſtantiarum infligatur, *d. §. 10. l. ult. h. t.* in qua parte commemorandum putavit Cæſar in *d. §. 10.* quod in Inſtitutionum libello minus neceſſarium videbatur, perſonis illuſtribus licere etiam per Procuratores actionem ſuſcipere, vel perſequi, cum alioqui criminalis accuſatio per alium exerceri nequeat, idque ob inſcriptionem in crimen, per quam accuſator ſe ad pœnam talionis obligare debet, ſi calumniatus deprehendatur, *l. ult. de furt.* quemadmodum id alias docebitur; ſoli, ut dictum, Illuſtres, quique ſuper eos ſunt, excipiuntur a neceſſitate in ſua perſona experiundi injuriarum, *l. ult. C. h. t.* Repetendæ ſunt hoc loco duæ quæſtiones, quos in capite de furtis tetigimus. Una, deturne accuſatio extraordinaria, de modicis minimisque etiam injuriis: Quod ego non poſſum in animum inducere uti credam, rationibus iisdem, quas in *th. 4. ſupra de obligat. ex delicto* protulimus. Inſcriptio in crimen, obligatio ad pœnam talionis, animadverſio publica, ut alii exemplo deterreantur, res ſunt ultra modum levis contumeliæ, nimis quam graves. Judicii publici autoritas vileſceret promiſcuis ejusmodi de rebus exiguis accuſationibus. Moribus noſtris ſic fieri videmus; Qui paſſus eſt injuriam, agit ipſe, ſoletque etiam petere, ut fiat inſinuatio, quam dicunt, Procuratori Generali; ſed Curia non ſemper eam concedit; neque Procurator, ea facta, ſemper agit; haud alia cauſa, quam metu contemptus judiciis conciliandi, ſi quotidianis clamoribus vigorem publicæ diſciplinæ in controverſiis rerum minimarum exercere vellent. Ego rem nihilo ſecus apud veteres ſe habuiſſe credo. Poterat equidem is, qui paſſus erat injuriam, adire Præſidem aut præfectum urbis, & extraordinariam moliri accuſationem, tam de injuriis, quam de furtis, utrobique enim eſt eadem ratio, *l. ult. de Furt. l. ult. de Injur.* Sed magiſtratus minime ſemper inſcriptiones totamque molem criminalium Judiciorum movebat; ſæpe fures rem ſimpliciter reſtituere jubebat, *l. 56. §. 1. de furt.* aut ad jus ordinarium eosdem remittebat, *l. 2. de fur. balnear.* extraordinaria procedebat accuſatio, quoties aliquid gravius animadvertendum erat, *l. 1. §. 1. de extraord. crim.* In quibus verbis non ineſt διαςολὴ, quaſi JCtus non negaret leviores inju-

* *Mandato noviſſimo* in Saxon. Elect. ſingularis, injuriarum cauſas tractandi methodus præſcripta fuit, quam ipſe §. 22. vocat den Rügen-Proceß. Scilicet Injuria adfectus denunciationem adductis neceſſariis circumſtantiis, nominibus teſtium, ſpecificatione ad delictum pertinentium documentorum refertam, vel oretenus, vel in ſcriptis offert; Quo facto denunciatus, ſub pœna confeſſi & convicti in propria perſona ad comparendum citatur, ſpatio 14. dierum ipſi indulto, atque ſi injuriam neget, antequam pro re nata ad purgatorium perveniri queat, denuncianti jurata oblatæ denunciationis confirmatio injungitur. Contumax denunciatus pro confeſſo & convicto habetur, condemnatur, ulteriorque ipſi deductio innocentiæ denegatur, niſi exceptiones non rite factæ inſinuationis, impedimenti legitimi, & alias juſte allegatas, breviter & citra proceſſus ſolennitatem deducere poſſit. Deprehenſa autem denunciationis veritate, ſententia absque mora concipitur, qua denunciato pro modo convicii aut facinoris, declaratio, deprecatio, aut revocatio dictatur, is in expenſas condemnatur, & deſuper, vel mulcta, vel carcere, vel relegatione, vel fuſtigatione, vel ad operas publicas deſtinatione coercetur, conf. *Mandat. reg. d. 1716. d. 4. Mart.*

** In injuriis præſertim atrocibus, Jure Sax. crimininali perſecutioni locum eſſe, dubio caret. Ita gladii pœnam ob injuriam graviorem magiſtratui illatam in reum ſtatui, *ex P. 4. C. 43.* verb. auch wohl nach Gelegenheit der Perſon mit dem Schwerdt. *x.* adde Moller. *ad eand. n. 4.* & Carpz. *def. 1. ſeq. j.* Philipp. *l. c. Ecl. 22. n. 9.* & fuſtigationem injurianti dictari poſſe, ex *P. 4. C. 44. §. f. & C. 45. §. f. it. Ord. Pol. d. an. 1661. §. 6.* apparet, qui §. ſimul de pœna pecuniaria carceris & relegationis injuriantibus imponenda cavet. conf. *d. Mand. Noviſſ. Regium §. 2. ſeq. it. §. 19.* quod ſatis oſtendit, criminaliter ex injuriis realibus & verbalibus, ſecundum caſus ibi propoſitos agi poſſe.

(e) *Poſ. 19. & ſeqq.*

rias

rias extra ordinem coërceri, ſed gravius extra ordinem graviores puniri: Nam extraordinaria judicia in hoc generaliter inſtituta ſunt, ut quæ in delictis privatis ſunt atrociora, de his graviter ex cauſa & ex perſona ſtatuatur, *l. ult. h. t.* Quod autem viro ſummo Wiſſenbachio noſtro videtur, ſpecies injuriarum, quæ ibi recenſentur, non eſſe ex gravioribus, nec eſſe contumelioſius fimo corrupto perfundi, quam convicium audire, ego niſi id valde atrox, imo capitale, paucis ita viſum iri exiſtimo. Jam igitur textus indefiniti in *d. l. ult. de Furt. & de injur.* nihil obeſſe queunt, niſi quod Juſtinianus in *h. §. 10.* validius diverſæ ſententiæ auctoritatem adſtruere videtur; ait enim de *omni injuria, eum qui paſſus eſt, poſſe vel criminaliter agere, vel civiliter.* Si de omni, ergo de modica quoque ſeu levi, imo leviſſima, nam & hunc ultimum gradum vox *omnis* complectitur. Ego ſic exiſtimo; Imperatorem, poſtquam de ſingulis injuriarum ſpeciebus aliquot verſibus egit, docuitque modos agendi exſequendique illas; jam de cunctis ſpeciebus ſimul, tam verbalibus quam realibus, earumque variis generibus, adfirmare, de illis tam criminaliter quam civiliter agere licere, minime tamen, ut terminos habiles tollat, quos in criminalibus judiciis ſupponi, aliunde notum eſt; ſcilicet, ut res publica animadverſione ſint dignæ.

SCHOLIUM.

Diſſentit Wiſſenb. th. 22. *Hoc illi notent velim, qui propter injurias leviſſimas, & vix ab homine Ethnico ad animum revocandas, criminaliter ad relegationem, vel fuſtigationem agunt, majore hoc pacto injuria alterum afficientes, quam ab ipſo erant perpeſſi.*

Altera quæſtio erat, utrum actio civilis & criminalis elective, an cumulative concurrant, hoc eſt, an una poſt alteram inſtitui queat, an vero, una inſtituta, evaneſcat altera; poſterius affirmandum, rationibus *ſupra tit. 1. h. lib. ſub fin.* expoſitis: quibus heic illa ratio peculiaris accedit, quod injuriarum actio, tam civilis quam criminalis, ex vindicta perſonali detur, quam non ſit æquum bis exerceri, cum actio furti, rapinæ damnique, veniat ex diminutione patrimonii, cujus ratio facilius cum animadverſione criminali conjungi poterat: cum tamen ne illa quidem cumulatio Juri conſentanea ſit, ultro colligitur, hanc multo minus confieri poſſe, vid. *l. 6. & l. 7. §. 1. h. t.* Moribus hodiernis quemadmodum cuncta Judicia Criminalia, ſic etiam hoc a Fiſci Procuratoribus exercetur & eſt publicum; ideoque nihil obſtat, quo minus cum civili de eadem injuria concurrere poſſit; quemadmodum privatæ accuſationes jure civili, cum publicis quoque ſine dubio concurrunt, *l. un. C. Quand. civ. act. crimin. præjud.* Nihil etiam eſt notius hodierna praxi, quam actionem ad παλινωδίαν ſive revocationem publicam, quæ, ut diximus, de injuriis verbalibus datur, cum civili pecuniaria concurrere, * quia tendunt in fines penitus diverſos, nihilque inter ſeſe commune habentes, Gail. *1. obſ. 65.* Mynſing. ad *h. §. 1. & 2. obſ. 98.* nec eſt, accurate loquendo, vel civile, vel criminale judicium, quod ad revocationem inſtituitur; non civile, quia non vertitur in eo patrimonii cauſa vel commodum pecuniarium; non criminale, quia non eſt publica animadverſio, ſed privata ſatisfactio; tamen ſi ad alterutrum genus referenda ſit magis eſt ut inter civiles, quam criminales numeranda ſit actiones, Mynſing. 2. *obſ. 98.* Bachov. ad Treutl. *tit. de priv. del. th. ult. lit. A.* & *ad Weſenb. h. t. n. 16.* ex *l. 11. in pr. §. 3. h. t.* Si quis uti velit ratione D. Thomaſii, nihil intercedo.

SCHOLIUM.

Quid ſi dicamus, actionem eſſe civilem, in qua petimus ſatisfactionem privatam; criminalem, in qua publicam?

Cæterum, quod in *§. 11.* obiter collocatur, eum, qui dolo malo curavit injuriam fieri, non minus teneri, quam ſi ipſemet eam admiſiſſet, tralatitium eſt, pariterque in aliis obtinet delictis, ut in homicidio, *l. 15. ad L. Cornel. de Sicar.* & is, qui jubet, damnum dare cenſetur, quatenus cauſam rei præbet, *l. 169. de R. J.*

8. (f) Sequuntur modi, quibus actio injuria-

* Hanc vero cumulationem apud nos non admiſſam; ſed has actiones tantum elective concurriſſe, ex *Reſcripto Electorali d. Ann. 1637. & Ordinatione Polit. d. Ann. 1661. Tit. 5. §* 5. patet. Carpz. *ad P. 4. C. 42. def. 16.* add. Eckhold. *Diſp. de æſtimatoria injuriarum actione vel perſecutoria*, §. 25. v. *ſupr. p. 379. not.* †. conf. quæ ſupra *ad h. §. 7.* de petito recantationis cum illo, quod ad pœnam injurianti juxta *Edict. de Duell.* infligendam dirigitur, conjungendo, diximus.

(f) *Poſ. 23. & ſeqq.*

rum

rum tollitur; qua de re ſic Juſtinianus, *in §. ult. h. Hæc actio diſſimulatione*, inquit, *abolctur.* quæ autem ſit diſſimulatio, exponit; *& ideo ſi quis* injuriam *dereliquerit*, hoc eſt, ſtatim paſſus, ad animum non revocaverit, poſtea ex pœnitentia remiſſam injuriam non poterit recolere, ex *l. 11. §. 1. h. t.* non revocare ad animum dicitur, qui *μὴ ἀγανακτεῖ πραχθέντι, μηδὲ ὡς δεινὸν τοῦτο δέξηται, ἅμα τῷ ὑβρισθῆναι, non indignatur ob id quod factum eſt, nec ut rem indignam accepit, in ipſo temporis articulo quo fiebat injuria*, ut Theophilus interpretatur. Æquum enim eſt, ut injuria cenſeatur, quemadmodum is, qui paſſus eam eſt, voluit, nec indulgendum ei, quod poſtea, forte ab aliis inſtigatus, velit *μνησικακεῖν*, maxime cum diſſimulatione injuriarum nihil ſit favorabilius ad pacem colendam. Præterea, remiſſione * ſolvitur injuria, quæ vel expreſſa, vel tacita eſt. Expreſſa fit pacto, vel transactione, *l. 11. §. 1. verſ. proinde h. t.* & quidem pactum hoc efficacius eſt, quam alias eſſe ſolebat; ſiquidem abolet hanc actionem ipſo jure, *l. 27. §. 2. verſ. ſed ſi pactum. de pact.* Enimvero tollitur eo modo hæc actio; ſed an is, qui tranſegit, infamia notetur, alibi cernemus. vid. *l. 6. §. 3. de his, qui infam. not.* Tacita remiſſio fit aliis placati animi indiciis, actu externo ſignificatis, veluti ſalutatione blandiori, manuum junctione, converſatione familiari, compotatione, ſimilibusque, de quibus tractant Canoniſtæ in *cap. ad id. de Sponſal.* Fere etiam ſolent hæ cauſæ ita in Judicio obſervari, propter favorem *ἀμνηστίας*, vel potius *τοῦ μὴ μνησικακεῖν*. Etenim, *ἀμνηστίας* vocem ſunt qui ad publicam duntaxat oblivionis legem referri volunt, quod ego illis probandum relinquo; ſane id conſtat, primum Thraſybulum *ἀμνηστίας* vocabulum e privato in publicum uſum tranſtuliſſe: quo exemplo Romani dein uſi ſint, ut tamen Cicero voce *ἀμνηστίας* vix auſus ſit uti; ſub Claudii initiis rurſus *ἀμνηστία* Romæ ſtabilita; ſed hujusmodi exemplis velle negatum, hac voce privatos etiam uti poſſe, neſcio qua ratione contendatur. At hoc loco gravis oceurrit quæſtio, an & Communio Cœnæ Dominicæ inter actorem reumque, injuriarum hanc actionem præcidat; Etenim, ſi convivatio & ſympoſium inter privatos parietes, hunc habeat effectum, quis eum auſit negare in epulo ſanctiſſimo, quod proprio fine conteſtandæ ſingularis amicitiæ, inter fratres a Chriſto Domino inſtitutum eſt? Nihilo tamen ſecius prævalet opinio, quod hæc cauſa non præbeat exceptionem abolitæ actionis injuriarum; judicatumque ita refert graviſſimus auctor Sandius, *l. 5. tit. 1. deciſ. 12.* cujus rationes tamen vellicat vir ſummus A. Matthæus *Com. de crimin. tit. de injur. c. 1. n. 15.* Sandius diſtinxerat inter privatam atque publicam vindictam, hanc eſſe licitam, non illam, poſt cœnam Domini, & hanc ideo recte inſtitui, quod non modo ad vindictam, ſed inprimis ad vindicationem honoris dirigitur, utiturque ſimili ab oratione Dominica, per quam omni die debitoribus noſtris injurias remittimus, nec tamen judicialis injuriæ perſecutionem amittimus. D. Matthæus eandem & hujus exempli rationem eſſe putat, eoque inclinat, ut Judex quidem negare nequeat actionem; attamen actor ipſe conſcientia illæſa adverſarium poſt ſacram ſynaxin in jus vocare vix poſſit. Non eſt dubium, quin actorem etiam atque etiam excutere ſemet ipſum atque perpendere oporteat, an non præſtet omittere perſecutionem, cujus tam ſubtile ab ultione diſcrimen eſt, in qua nullus animus ita ſibi temperare poteſt, quin affectus erumpat. Sed dicere, quod non liceat poſt communionem ſacram agere omnino, tantundem mihi videtur, ac ſtatuere, non eſſe fas homini Chriſtiano movere actionem de injuriis ullo modo, maxime, ſi & recitationi Dominicæ vis illa tribuitur, ut hominis liget conſcientiam. Nam ego exiſtimo, cœnæ dominicæ communionem non obligare nos ad aliud, quam quod per ſe lex Chriſti domini ferat. Puto, quo ſenſu ſtatuunt ipſi quoque Theologi, licere Chriſtianis injuriarum agere, Spiritu ſcil. manſueto, non animo irritato & vindictam ſpirante. Perkinſ. *3. de conſ. c. 3. n. 1.* Ameſ. *5. de conſcient. c. 3. n. 4.* Spanhem. *3. dubior. Evangel. 125. & ſeqq.* pari modo poſt communem panis uſum

* Etiam in Saxon. remiſſione & condonatione tollitur injuria levior, ut verbalis, aut alapa illata, in tantum, ut injuriatus eam præciſe denunciare non compellatur; Judex tamen ex officio injuriantem, licet ad deprecationem hon adigatur, plectit. *Duell-Mand.* §. 17. In gravioribus autem injuriis, maxime realibus, is, qui iisdem affectus eſt, non obſtante tranſactione inita, vel invitus cogitur, ut illas judici deferat, ſub pœna 2. vel. 3. menſium carceris, *Duell-Mand.* §. 16.

idem

idem licere utique, ſi jus conſcientiæ in homine privato ſpectes; ſi aliter actores ſunt animati, ut verendum eſt ne non plerumque ſint, id ipſorum reputationi periculoque committendum. Hoc tantum ſupereſt, quomodo privatæ profanæque compotationes injuriæ actionem excludant, nec idem faciat ſacratiſſima convivii participatio; idque non modo reſpectu convivantium, ſed & Judicis ipſius reſpectu mirum videtur, cum interpretatio remiſſionis non minus ſit prægnans in religioſo quam in vulgari epulo. Certe & epulum quotidianum, ſi inter multos aut publicum ſit, minime hoc efficiet, ut diſcubitus ad eandem menſam vim remiſſæ actionis habeat; ſed omnino ſpecialem oportet fuiſſe concurſum atque conjunctionem, ad hunc effectum: Quare & in Cœna totius Eccleſiæ, quæ tantum generalem fraternitatis habet profeſſionem, nihil eſt, unde tam ſpecialis remiſſio colligi poſſit. Fatemur, profeſſionem generalem non videri ſinceram, niſi ad ſingulos ſe extendat; tamen & hoc certum, ſpecialia plus valere, quam univerſalia ad effectus ſpeciales obtinendos. Tutius eſt procul dubio abſtinere ſacra ſynaxi, vel quod potius & laudabilius, actionem prætermittere.

9. At ſuccedat tertius hanc actionem tollendi modus, qui eſt annus, * *l. 17. §. 6. in fin. h. t. l. 5. C. eod.* Hunc annum eſſe continuum, non utilem, a Præceptore noſtro D. Wiſſenbachio accipiebamus, ſuum Præceptorem D. A. Matthæum ſeniorem, ut fere ſemper alias, ſecuto; iidem de utroque genere injuriæ tam realis quam verbalis annum volunt intelligi, *diſp. ad Inſt. 43. th. 18. & 19.* Quo minus idem ſequamur & a communi interpretatione recedamus, ſumma juris religio facit. Nam prætorias actiones, quibus anni ſpatio præſcribitur, de utili anno interpretari ſolent JCti, *l. 1.* juncta *l. 6. de alienat. jud. mut. c. & l. 1.* juncta *l. 6. de calumniat. & l. 38. de Ædil. Ed.* juncta *l. 19. §. ult. eod. tit. & l. 1. pr.* juncto *§. 39. de vi & vi arm. l. 1. §. hanc autem. Si mul. ventr. nom.* Eundem annum utilem ſervavit Prætor in titulis, qui capiti de injuria ſunt proximi, *in l. 1. pr. d. ſi quis teſtam. lib. eſſe juſſ. l. 2. §. 13. de vi bon. raptor. & l. 1. pr. de Incend. ruin. naufrag.* Nec ulla ratio vel textus extat, unde contrarium adſtruatur, præter *l. 5. C. h. t.* quæ ſic ait: *Si autem in rixam inconſulto calore prolapſus homicidii convitium objeciſti, & ex eo die annus exceſſit, cum injuriarum actio annuo tempore præſcripta ſit, ob injuriæ admiſſum conveniri non poteſ.* Manifeſtum eſt, ibi de convitio coram alicui in os objecto agi, in quo tempus rei geſtæ ſcientiæque eſt unum & idem; ſcilicet, quo ſenſu dicatur utilis annus, jam conſtat ex iis, quæ ſupra ad *tit. de Excuſ. tut. §. 19.* dicta ſunt. Quæ præterea in hanc ſententiam proferuntur de favore ἀμνηστίας ſimilibusque, parvi ſunt momenti, de quibus adi A. Matth. *de crimin. tit. de injur. n. 17.* Ex eadem *l. 5.* maxime probant, quod de reali injuria annali finienda ſtatuunt, nam etſi illa ſimpliciter de verbali injuria loquatur, tamen in fine, ait noſter D. Wiſſenbachius, *d. diſp. 33. th. 17.* Imperatores ſpeciem cum genere concludunt, verbis indefinitis: *injuriarum actioni annuo tempore præſcribitur;* ſed nulla penitus ratio eſt, ea verba latius, quam eſt ipſa ſpecies & ſanctio Legis, extendendi. Adhuc in *l. 17. §. 6. D. injur.* ſimpliciter injuria tempore dicitur aboleri; ſed & hoc de levioribus injuriis, quæ ſatisfactione verberum adverſus ſervum transmittuntur, accipiendum. Multo validius eſt contrariæ fundamentum ſententiæ, quod actiones, quæ ex Lege veniunt pœnales, ſunt perpetuæ; prætoriæ ſint annales, *pr. Inſt. de perpet. & tempor. act.* nec usquam actio injuriarum excipiatur. Nam favor ἀμνηστίας prætendi poterat, ſi jam conſtaret, excepti nem eſſe probatam; ut ultro eam probet, nequaquam admittendum eſt. Imo *quid eſt abſurdius,*

* Etiam Jure noſtro actio æſtimatoria injuriarum anno Civili, non Saxonico, præſcribitur. Carpz. *Prax. Crim. qu. 97. n. 5. Id. L. 6. Reſp. 114. n. 2. ſeqq.* Philipp. *ad Dec. El. XI. Obſ. 3 n. 2.* licet diſſentiat Berl. *P. 5. Concl. 69. n. 25.* & Beuſt. *ad l. 9. §. 3. ff. de jurejurand. n. 10. ſeq.* vid. *P. 4. C. El. 46.* ex cujus principio ſimul apparet, annum hunc utilem eſſe, non continuum. *add.* Carpzov. *ad. d. C. d. 2.* Berl. *P. 5. Concl. 69. n. 17.* Interim Actor qui ex verbali injuria poſt annum actionem inſtituit, vel in El. denunciationem offert, ac ignorantiam injuriæ illatæ urget, eo nomine juramento quandoque tempus notitiæ indicare compellitur. Carpz. *L. 2. Reſp. 110. n. 10.* niſi per præſumptiones, ex quibus ignorantia colligi queat, ab ejus præſtatione liberetur. vid. Swendend. *ad Fibig. Proc. p. 1524.* Cæterum hæc annalis præſcriptio Jure noſtro ad verbales & ſcriptas injurias æque pertinet, *d. C. 46.* verb. Aber die andern Schrifftlichen. ibique Carpz. *def. 1. n. 3.*

ajunt, *quam ob colaphos tibi ante triginta annos impactos hodie injuriarum agere velle:* vix ſane fieri poſſit, quin poſt tantum temporis ſpatium diſſimulata vel remiſſa videretur: Sed non eſt ex arte juris, id, quod minimum eſt, in quoque delicto excerpere, atque inde ad univerſum argumentari maleficium. Nec id fieri debebat ab his, qui ob res minimas criminalibus quoque judiciis locum faciunt. Nam ita meliori jure dixerim, eſſe rem abſurdam, poſt triginta annos agere furti, quæ eſt æque actio famoſa, propter ovum ſurreptum. Et ſi durum videtur, propter alapam agere tam ſero, quis neget eſſe duriſſimum, non licere poſt annum agere de membro rupto: idque non tantum ad ſarciendum damnum, ſed etiam ad injuriæ vindictam atrociſſimæ? Qua occaſione quæritur, an & damnum ipſa injuriarum actione petatur; quod affirmandum ex *l. 1. C. de injur.* quanquam principaliter hæc actio ſit ad vindictam, *l. 7. §. 1. verſ. quid ergo. D. h. t.* ac etiam Aquilia poteſt inſtitui, *l. 33. in pr. de O. & A*, quæ actiones cum in diverſa tendant, concurſus earum eſt cumulativus, ut tamen ne utraque damni æſtimatio petatur, *l. 7. §. 1. de Injur.* Poſtremo, mors alterutrius cum ſit ultima linea rerum, finem quoque Actioni injuriarum imponit, nec ad heredem tranſit, propter odium vindictæ, niſi litis conteſtatio intervenerit, per quam cum fiat novatio & quaſi-contractus ſpecies introducatur, *l. 3. §. 11. de pecul.* quemadmodum latius *ſupra* ad *§. 3. Quib. mod. toll. obl.* explicatum eſt, obliterata eſt actionis injuriarum invidia, ut ſic jus tranſeat ad heredes; qua de re vide *§. 1. infra de perpet. & temporal. Action.* Sed de injuria defuncto poſt mortem illata, heredibus actio datur, & quidem ſingulis in ſolidum, *l. 1. §. 4. & 6. de injur.* Sand. *d. tit. 2. def. 2.* Injuria in lite objecta non tribuit actionem, niſi illa lite ad finem perducta, per *l. 10. h. t. arg. & l. 1. C. de ord. cognit.* Sand. *d. tit. 8. def. 10.*

TIT. V.

De Obligationibus, quæ quaſi ex delicto naſcuntur.

Quid & quot ſint quaſi-delicta. De pœna Judicis, qui litem ſuam fecit. De dejectis et effuſis. De poſitis atque ſuſpenſis. Ex quaſi-delicto filiifam. Patrem non teneri. Pœna Furti contra Nautas, caupones, ſtabularios.

(a) QVod in contractibus accidit, ut inciderent quædam ſpecies contractibus affines, quibus ab JCtis nomen quaſi-contractuum fuit datum, idem in delictis evenit. Nam ejusmodi facta, quibus delicti ratio non conveniebat propter defectum doli, quæ tamen affinitatis habebant plus cum delictis quam cum contractibus, ea quaſi-delicta ſunt appellata, vel potius obligationes quaſi ex delicto naſcentes, ſi hoc refert; diximus ad *pr. de obligat. ex quaſi-contr. ſupra.* Igitur nihil aliud ſunt quaſi-delicta, quam facta delictis affinia, unde lex, ſine dolo Rei, actionem producit.

SCHOLIUM.

Sed in quo conſiſtit illa cum delictis affinitas? Negative rem exponit Auctor in prælect. num. 1. *quod nimirum hic deficiat dolus. Sed hoc non ſufficit. Aperte dicamus. In veris delictis dolus ſubeſt, in quaſi-delictis culpa.* Conf. Philoſ. Jur. §. 142. ſeqq.

RESPONSIO.

Atqui Damnum Legis Aquiliæ eſt verum delictum, etſi culpa ſola vertatur, nec quo minus id juridicum ſit, faciet philoſophia D. Thomaſii. Etiam alias extra ordinem duntaxat culpa ſæpe pro vero delicto punitur, l. 3. §. 1. de off. præf. vigil. l. 2. & l. 11. de Incend. ruin. naufr. l. 38. §. 5. de Pœn. *Affinitas igitur, per quam hæ ſpecies* Quaſi-delicta *ſeorſim conſtituunt, non conſiſtit in culpa; ſiquidem & veris delictis aliquando, & contractibus ſemper convenit: ſed in qualitate mali moris, quam* affinitatem *delicti appello, & quam lex, ſine dolo Rei, actione perſequitur. Plura, cum Ars non det, addere non eſt noſtrum, ne quidem ex philoſophia.*

N. ADDIT.

I. *Non admodum civile eſt, ita abjecte de philoſophia D. Thomaſii judicare, ea non inſpecta; igitur repetantur hic ea, quæ dicta ſunt ſupra in nova additione* ad tit. de lege Aquilia n. 3. II. *Id quidem leges dicunt, culpam ſæpe extra ordinem puniri, at vero id nunquam dicunt, culpam puniri ut verum delictum.* III. *Culpa quaſi-delictorum & contractibus accidens in eo facile*

(a) *Poſ. 1.*

ſecer-

ſecernitur, quod contractui culpa ſaltem accidat, & præſupponat, factum aliquod licitum alteri non damnoſum præceſſiſſe: at culpa quaſi-delicti, eſſentialis forma eſt. IV. *Si culpa non eſt forma quaſi-delicti, & tamen eſt aliquid affine delicto, ſine dolo tamen, vellem ſcire, quid ſit illud, quod inter delictum ſit medium, quale medium alia ars juris ignorat.* V. *Ignorat etiam ars juris iſtam qualitatem moris neſcio quam, & quam Autor ipſe neſcit, quæ, qualis, quanta ſit.* VI. *Iſtud denique nimis indignum eſt, dicere non licere JCto ex philoſophia ſupplere, quæ ars (videlicet corporis Juris Juſtinianei, quæ ſane omnium artium miſerrima eſt) non tradat. O miſeros nos, & vere Legulejos, ſi non liceret ſapere ulterius!*

2. (b) *Primum* eſt, ſi judex litem ſuam fecerit, in *pr. h. tit.* dicitur autem ſuam facere litem, quoties male judicavit, ſeu per dolum, *l. 15. §. 1. de jud.* ſive per imperitiam, *pr. h. l. ult. de var. & extraord. cognit.* Ratio appellationis, quia male judicans periculo litis obſtringitur & æſtimationem præſtare cogitur: ideoque ſuam merito litem ait eſſe, cujus pretium ſolvit; ut olim Cicero, minanti cuidam Magiſtratui, qui per ſordes creari meruerat: uſurum ſe poteſtate ſua in Ciceronem, *Recte*, ait, *dixiſti, tua poteſtate; emiſti enim.* Plutarch. *vit. Cicer.* Tenetur autem aliter, ſi per imprudentiam male judicavit. Quippe ſi dolo, tum vere delinquit, *d. l. 15. de jud.* & tenetur in veram litis æſtimationem, eum famæ munerisque ſui diſpendio, *l. ult. C. de pœn. jud. qui mal. judic.* Sed imperitus Judex multa arbitraria damnatur, & quaſi delinquit. *princ. h. t.*

SCHOLIUM.

Sive dolo ſive culpa Judex litem ſuam fecerit, actione utili legis Aquiliæ, quæ & in factum dicitur, eum teneri arbitror, per ea, quæ dixi ad Strauch. XIX. 16. p. 262. ſeqq. *Quamvis itaque concedam, judicem dolo malo iniquam ferentem ſententiam infamem fieri*, per l. ult. C. de pœn. jud. qui male jud. *ex culpa aberrantem non æque*, arg. §. 6. Inſtit. de ſuſpect. tut. *nolim tamen cum communi Dd. ſchola ſtatuere, ratione condemnationis pecuniariæ etiam aliquid intereſſe. Nam eſt utrobique eadem actio, quæ adeo utrobique ad veram litis æſtimationem dabitur*, d. l. 15. §. 1. de Judic. *ita tamen, ut in hac litis æſtimatione arbitrium Judicis non excludatur*, d. pr. h. t.

(b) *Poſ. 1. 2.*

RESPONSIO.

Actionem utilem legis Aquiliæ ad ſuitatem litis producere nimis enorme videtur, ut modo demonſtratum eſt. Diverſitas condemnationis pecuniariæ, quando culpa vel dolo male judicatum eſt, evidenter collocata eſt in d. l. 15. §. 1. de judic. & hoc pr. *nec eſt quod a communi ſententia nos heic recedere jubeat.*

N. ADDIT.

(I.) *Neceſſe eſt, ut apponatur nota ad Strauchium, ad quam provocat Scholium. Sic ibi doceo. Hoc non dixerim, (Judicem imperite judicantem teneri ex delicto vero.) nam imperitia medici culpæ annumeratur*, §. 7. Inſt. de lege Aquil. *culpa autem facit quaſi-delictum. adde quæ notavi* ibid. §. 143. *In eo igitur non eſt controverſiæ ſtatus: Cur Judex non teneatur ex delicto vero; ſed, cur Judex non teneatur ex lege Aquilia, cum tamen Medicus teneatur ex ea lege?* d. §. 7. Inſt. d. t. *Quo præſuppoſito, ratio differentiæ, quam dat Autor noſter, petit id, quod eſt in principio. Nec ſufficit dicere: Judicem male judicando in L. Aquiliam non peccare. Cur enim non peccat? Sane Lex Aquilia damnum omni culpa datum coercet; hic vero adeſt damnum, adeſt & culpa Judicis. Communiter ea differentia profertur, quaſi Judicis munus ſit publicum, quod invitis imponi poteſt, adeoque cum Judice lenius agi debeat, quam cum eo, qui privatim ſuoque arbitrio peritiam artis profitetur, præprimis cum olim ſervilis profeſſio Romæ fuerit medicina*, vid. ex pluribus Huber. ad Inſt. de oblig. quæ quaſi ex del. naſc. *Verum agnoſco quidem differentiam inter imperitiam Medici, & imperitiam Judicis. Sed quid hæc differentia ad quæſtionem propoſitam? Manet tamen & Judicis imperitia culpa, (alias enim plane non poſſet conveniri) & ergo adhuc ad L. Aquiliam ſpectabit, aut alia differentia adducenda. Agnovit hujus differentiæ imbecillitatem acutiſſimus Wiſſenbach, ut tamen eam defenderet, maluit culpam impingere Jurisprudentiæ. Ita vero inquit* diſput. 43. ad Inſt. th. 22. Judex per imperitiam, vel imprudentiam male judicans, quaſi delinquit, *pr. Inſt. de obl. quæ quaſi ex del. naſc.* οὐκ ἄδικος ἡ κρίσις ἐστὶν, ἔστι καὶ ὡς ἄδικος, Ariſt. lib. 5. Medicus vero imperite ſecans vere delinquit, §. *imperitia.* 7. *ſupra de L. Aquil.* Diverſitatis rationes reddi poſſunt, ſi non usque adeo ſolidæ, & quæ plus quam

Digitized by Google

neceſſitate geometrica nitantur, tamen probabiles, quarum præcipua eſt, quod Medici voluntarium ſit munus ultro ſuſceptum, Judicis publicum, quod etiam invitis imponitur. Conf. *l. 9. ff. de relig. & l. 63. ff. de ædilit. edict.* Cujac. *12. obſ. 38. & 17. obſ. 15.* Duar. *2. diſp. anniv. 17. & in l. 55. ff. de leg. 1.* ubi redditis rationibus, quare cautio legatorum prohiberi in teſtamento poſſit; non poſſit fructuaria, inquit, quibus non ſatisfaciunt hæ rationes, non ſunt apti ad tractationem civilis ſapientiæ. Ineptum eſt in hac ſcientia quærere ἀποδείξεις. *Imo vero, inquam ego, ineptum eſt, culpam ignorantiæ noſtræ adſcribere velle ſcientiæ juris, quæ quia ſcientia eſt, ideo non credenda tradit, ſed ſcienda; ſcire vero eſt rem per cauſas cognoſcere. Quod ſi igitur aperire deberem, quæ mea de hac opinione ſit ſententia, dicerem, Doctores, quotquot hactenus controverſiam iſtam moverunt, ſcrupulum in Jurisprudentia non inveniſſe, ſed ex erronea hypotheſi attuliſſe. Res ex ipſis fontibus optime cognoſcetur. Cajus JCtus* lib. 3. Aureorum, *ut oſtenderet differentiam inter veros & quaſi-contractus, item inter delicta vera & quaſi, ſententiam ſuam exemplis illuſtrare aggreſſus eſt; In quaſi-maleficiis autem primum exemplum affert de Judice male judicante.* Si Judex, *inquit, recenſente Triboniano in* l. 5. §. 4. de O. & A. litem ſuam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, ſed quia neque ex contractu obligatus eſt, & utique peccaſſe aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quaſi ex maleficio teneri. *Eadem verba Caji ex eodem* libro 3. rerum quotidianarum, ſeu aureorum deſumpta *recenſentur a Triboniano in* l. 6. ff. de extraord. cognit. *niſi quod iisdem in* dict. l. 6. *addantur ſequentia:* ideo videtur quaſi ex maleficio teneri in factum actione, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis viſum fuerit, pœnam ſuſtinebit. *Unde obiter notamus, vel Tribonianum in* d. l. 6. *aliquid verbis Caji de ſuo addidiſſe, vel, quod magis credo, in* dict. l. 5. §. 4. *eadem truncata recenſuiſſe, & ita novum exemplum extare Emblematum Triboniani a Wiſſenbachio non obſervatum. Quicquid hujus ſit, Tribonianus verba* l. 6. ff. de extraord. cognit. in princ. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex del. naſc. *tranſtulit omnia, exceptis: IN FACTUM ACTIONE. Jam dico: omnem illum ſcrupulum, quem Doctores circa differentiam inter Medicum & Judicem imperitos faciunt, provenire ex falſa hypotheſi, quaſi actio legis Aquil. ſemper præſupponat verum delictum. Nam quando Cajus in* l. 4. ff. de O. & A. *ex qua deſumptum eſt* princ. Inſt. de obl. quæ ex del. naſc. *dicit maleficia eſſe furtum, rapinam, damnum, injuriam, per damnum non intelligit omne damnum, ſed dolo datum,* arg. l. 5. §. 4. 5. & 6. ff. eod. *Deinde quamvis Tribonianus poſt explicata furta & rapinas* in tit. 3. lib. 4. *etiam tractet Legem Aquil. non tamen putandum eſt, quaſi Lex Aquilia ſemper coerceat verum maleficium. Hoc enim nullus veterum JCtorum aſſeruit, quinpotius, quia in Legem Aquil. quoque omnis culpa venit,* l. 44. ff. ad L. Aquil. *neceſſe eſt, ut quandoque L. Aquilia etiam coerceat quaſi maleficium,* arg. d. l. 5. §. 4. 5. 6. ff. de O. & A. *Quoniam vero L. Aquilia ſimul cum culpa dolum coercuit, non potuit Tribonianus in recenſendis actionibus, quæ ob maleficium dantur, omittere actionem Legis Aquiliæ, quippe quod una fidelia & dolum & culpam, verum maleficium & quaſi, dealbat. Neque enim & Tribonianus unquam aſſerit, Legem Aquiliam ſolum ex vero delicto oriri, & ſi aſſereret, certe hæc aſſertio cum JCtorum Philoſophia parum conveniret. Ex his puto patere, fruſtra quæſtionem a Dd. formari, cur Judex imperitus teneatur ex quaſi-delicto, medicus vero imperitus ex vero. Nam quis unquam JCtus dixit, medicum imperitum ex vero delicto teneri? Si ergo reſpondeas: quia tenetur ex Lege Aquilia; inſtabo, vitium conſequentiæ hactenus fuiſſe oſtenſum. Denique & ad ſtatum controverſiæ, prout nos eundem initio formavimus: cur nempe medicus imperitus teneatur actione L. Aquiliæ, non autem teneatur Judex imperitus? eadem prope eſt reſponſio: Falſum ſcilicet eſſe iterum, quod Judex imperitus non teneatur Legis Aquiliæ actione. Neque enim & hoc Cajus, aut alius JCtorum unquam ſcripſerunt. Et ſi iterum inferre velis: Judex tenetur ex quaſi-delicto, ergo non ex L. Aquilia, negabo ego iterum conſequentiam ob modo dicta. Cum enim Caji intentio ſit, declarare differentiam verorum & quaſi-delictorum, ſeu culpæ & doli, per exempla, ſumpſit ea, quæ primum ipſi inciderunt, & ita etiam Judicis per imperitiam, quæ culpa eſt, male judicantis. Si de Medico imperito tum temporis cogitaſſet, credo & hoc exemplum ab eo fuiſſe appoſitum. Quin imo dum in* l. 6. ff. de extraord. cognit. *dicit, Judicem imperitum teneri in factum actione, hanc in factum actionem commode per actionem Legis Aquiliæ utilem explicari poſſe arbitror,* vide quæ dixi in Phil. Jur. §. 148.

Cur

Digitized by Google

Cur vero Tribonianus omiſerit in pr. Inſt. de obl. quæ quaſi ex del. naſc. *mentionem facere dicta in factum actionis, ipſe viderit.* (II.) *Hoc præmiſſo, intempeſtive dictum fuit ab Hubero de doctrina non viſa, nimis enorme videri, quod actio Legis Aquiliæ debeat hic locum habere.* (III.) *Aut antinomia ſtatuenda erit inter* pr. Inſt. h. t. & d. l. 15. *aut dicendum, Judicem imperite judicantem, de quo loquitur* d. §. 1. *etiam condemnandum eſſe in veram æſtimationem, cujus mentionem facit* d. l. 15. *abſurdum enim eſſet, culpa delinquentem gravius eſſe condemnandum, quam dolo. Igitur* (IV.) *falſum eſt, diverſitatem condemnationis pecuniariæ, quando dolo, vel culpa male judicatum ſit, evidenter collocari* d. l. 15. §. 1. *etſi hæc lex tantum doli mentionem faciat.*

Sed quid hoc, quod Medicus imperite faciens artem ſuam, vere delinquit, *§. 7. de Lege Aquil.?* Judex imperite judicans non æque? Quæ ratio differentiæ? Videtur, quia Judicis munus eſt publicum, quod invitis imponi poteſt, cum eo lenius agi, quam cum illo, qui privatim ſuoque arbitrio peritiam artis profitetur; vel potius, quia Medicus corpus lædit, quod eſt damnum Legis Aquiliæ; Judex ſententiam pronuncians, a læſione corporis, aut rei corruptione, nimium procul abeſt.

SCHOLIUM.

Sed hoc nusquam in jure dicitur. Adſtruxi contrarium ad Strauch. d. p. 262. ſeq. *ubi & differentiam, quam Noſter communem Interpretum ſententiam ſecutus exhibet, examinavi.*

RESPONSIO.

Non recte ſe habet hæc καινοτομία. Juſtinianum ita exiſtimaſſe, Damnum Legis Aquiliæ, quo pertinet medicina prava & noxia, eſſe verum delictum, nemo dubitare poteſt, qui vel princ. Inſt. in fine, *cum ſerie titulorum* de Lege Aquilia & quaſi-delictis *contulerit. Plura in hanc ſententiam addit Scholia D. Thomaſius, quæ cum in idem principium reſolvantur, prætervehimur.*

N. ADDIT.

I. *Ego contra provoco ad ea, quæ dicta ſunt in nova additione* ad tit. de L. Aquil. n. 3. II. *Ex iſtis Scholiis, quæ hoc loco prætervectus eſt Autor, iſtud ſaltem non debebat omitti, quod dedimus ad poſitionem 4. utpote quod hypotheſin noſtram de conceptu quaſi-delictorum, & illuſtrat & ulterius confirmat. Cum Juſtinianus actionem de dejectis vel effuſis, poſitis vel ſuſpenſis, item adverſus nautas, caupones & ſtabularios, ad quaſi-delicta referat, ea de re ſequentia adnotavi.* Quomodo actiones hujus & ſequentium quaſi-delictorum ab actione legis Aquiliæ differant, oſtendi ad Strauch. XIX. 17. p. 254. ſeqq. *Ibi vero continuaveram diſcurſum ſupra ad tit.* de L. Aquil. n. 3. *excerptum, ſequenti modo. Nullane ergo, inquies, differentia inter quaſi-delicta & culpam, quæ ex L. Aquilia coercetur? Ita videtur quidem ex iis, quæ diximus, inferri poſſe. Nam ſi Lex Aquil. coercet omnem culpam, & culpa conſtituit formale quaſi-maleficii, ſequetur, quod ex omni quaſi-maleficio oriatur actio legis Aquiliæ, & conſequenter fruſtraneum ſit, obligationem ex quaſi-delicto ſeorſim a doctrina de Lege Aquilia exponere. Sed ſalva res eſt. Diſtingui enim omnino debet culpa propria in eam, quæ eſt cauſa vera, aut immediata damni dati, & quæ eſt ejus cauſa per accidens, aut mediata. In his, quæ ſequuntur quaſi-delictis, coercetur culpa propria quidem, ſed quæ damni dati ſaltem eſt cauſa per accidens, aut mediata. At lex Aquilia coercet culpam iſtam, quæ damni dati cauſa vera eſt: adeoque ita pronunciandum erit: Omnis culpa, quæ coercetur ex lege Aquilia, eſt quaſi-delictum: & huc refer etiam Judicem imperite judicantem, ſed non omnis culpa, ſeu quaſi-delictum, coercetur per legem Aquiliam, quo refer ea exempla, quæ in hoc §. recenſentur. Tum continuaveram in ſcholio alias differentias reliquorum quaſi-delictorum a coercitione culpæ per actionem legis Aquiliæ oſtendere, & quidem ſequentes. Poſſes etiam dicere, vel de his culparum generibus dubitatum fuiſſe, an inter culpas referri deberent, ut adeo ſpeciali declaratione fuerit opus, vel propter intereſſe & utilitatem publicam gravius in has culpas fuiſſe obſervatum, quam in reliquas per legem Aquiliam, quod in actione de dejectis, & adverſus Nautas, perſpicuum eſt, unde & actio de dejectis vocatur actio legis Aquiliæ,* in l. 5. §. 4. de his, qui dejec. *ſc. propter naturam communem. At in actione de ſuſpenſo, manifeſta eſt ratio differentiæ. Hic coercetur metus incuſſus & damnum dandum, in lege Aquilia damnum datum. Ad hæc vero omnia, quod hic tacuerit Autor, an ſolum illa cauſa fuerit, quod putaverit omnia in idem principium reſolvi, an alia, alii judicent.*

3 (c) Altero quaſi-delicto tenentur habitatores cœnaculorum, ſeu domini, ſive conductores, ex quorum cœnaculis aliquid dejectum, vel

(c) *Poſ. 4. 5. 6.*

effuſum eſt, quod tranſeuntibus nocuit damnumve dedit, *§. 1. pr. h. t.* videtur enim ipſis imputari poſſe, quod hominibus adeo protervis, aut ſocordibus uſi ſunt, *l. pen. h. t.* Tenentur ut plurimum in duplum damni dati, niſi liber homo ſit interfectus, quo caſu eſt pœna 50. aureorum; quia liberum corpus nullam recipit æſtimationem, proinde nec duplum, *l. 1. §. 5. h. t.* homine autem vulnerato, agitur in impenſas, & id quod intereſt, *§. 1. h. t.* ubi perinde cicatricum, aut deformationis non habetur ratio, *l. 5. §. 5. & l. ult. eod.* quoniam & hæ ſunt affectiones liberi corporis inæſtimabiles, *dd. ll.* Aliter D. Voet. hodie cenſet *h.* Contra plures habitatores actio datur in ſolidum, ut uno tamen ſolvente, reliqui liberentur, quod ſecus eſt in veris delictis, *l. 11. §. 2. de L. Aquil.* Qui vero ſeorſim habitant, ſeparatim quoque tenentur, *l. 5. in pr.* Cæterum, de hac actione quæri ſolet, an, ſi ex ſtudioſi cubiculo ſit aliquid dejectum, vel effuſum, in ipſum quoque danda ſit actio ex quaſi-delicto. Datur quidem hæc actio in habitatores, tam in conducto quam in proprio, *l. 1. in pr. & §. 9. de his, qui dejec.* Sed hoſpes non tenetur, quia non ibi habitat, ſed tantiſper hoſpitatur; is autem tenetur, qui hoſpitium dederit. Qui, inquam, domicilium habent, hi tenentur, non peregrinantes, *d. §. pen.* Studioſus autem vereor, ne non conductor potius, quam hoſpes dicendus ſit, quia ſane conducit & habitat, ſi animum aliquandiu commorandi habeat, ut fit. Forte etiam eſt alia ratio conductoris cœnaculi, ac unius cubiculi. Nam cœnaculum præter cubiculum continet exedras & medianum, *l. 5. §. 2. eod.* comparatumque eſt in uſum integræ familiæ; cum in ſtudioſi cubiculo ea, quæ occaſionem huic judicio præbent, ab iis, qui cubicula locant, proficiſci ſoleant, tametſi prætor in Edicto ſuo non meminerit cœnaculi: ſed generaliter ait, *unde in eum locum, quo vulgo iter fit, l. 1. de his, qui effud. vel dejec.* Forte non abs re fuerit Diſtinctio; ut ſi quid dejectum, vel effuſum fuerit ſordium & purgamentorum, teneatur ædium conductor; ſi quid luxuriam adoleſcentiæ redolens, nihil cauſæ ſit, cur Studioſus immunis habeatur. Vid. D. Wiſſenbach. *d. diſp. 43. th. 23.* Vigl. ad *l. 17. de Reb. cred. n. 12.* quibus adſentitur Scholiaſtes noſter. Tametſi autem filiusfam. ſeorſim a patre habitet, quia nihilominus jure Civili manet in ejus poteſtate, ideo quæritur, an pater etiam ex prædictis actionibus de peculio teneatur, quod negatur in *§. 2. h.* quia de peculio Pater non niſi ex contractibus tenetur, minime ex delictis veris, aut quaſi, *l. 1. & t. de pecul.* tametſi, in pecuniam condemnato ex his cauſis filio, contra Patrem actio rei judicatæ detur, *l. 3. §. 11. de pecul.* Quid autem hoc eſt, quod in *l. 15. pr. de judic.* ſcriptum eſt, *filiusfamilias judex, ſi litem ſuam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc in peculio fuit, cum ſententiam dicebat?* Solet quidem reſponderi, non genus actionis ibi, ſed quantitatem duntaxat, in quam fit condemnatio, ſignificari; ſed unde relatio quantitatis illius ad peculium, ſi de peculio actio non fuit? forte non abs re dixit Accurſius; accipiendum id eſſe de actione rei judicatæ, quæ filio condemnato, in Patrem datur, ut paulo ante diximus.

4. Ultimum quaſi-delictum eſt; Nautæ, caupones, ſtabularii, quorum famuli (*) res viatorum & hoſpitum, quas recepere, ſurripuerunt, tenentur actione in factum in duplum ex quaſi-delicto, *§. ult. h.* (ipſi famuli ſcilicet veri fures ſunt) *l. 7. in pr. & §. 1. Naut. caup. ſtabul.*

SCHOLIUM.

(*) *Non ſervi. Horum enim nomine, ſi proprii ſint, liberantur domini noxæ deditione,* l. un. §. 5. furti adverſus nautas. l. ult. §. 3. & 4. h. t.

Si res ab aliis, quorum opera non utuntur, hoſpitibus & viatoribus ſurreptæ ſint, in ſimplum tenentur actione de recepto, (α) *l. 1. §. 6. ſeqq. d. tit.* quia tum nihil Nautis &c. imputari poteſt, nec enim repellere poſſunt iter agentes, *l. un. §. ult. Furt. adverſ. naut. caup.* civiliter ſcil. & ordinarie. Nam ſi propius advertere velint animum, eſt in eorum arbitrio, (β) quem velint recipere, quem nolint, *l. 1. §. 1. Naut. caup. ſtabul.*

SCHOLIUM.

(α) *Quæ oritur quaſi ex contractu.*

(β) *Eſt utique, ſed recipere tamen hoſpitem, ipſis non in culpam imputari poteſt, ſed potius* in d. l. 1. §. 1. *ratio æquitatis continetur, quæ facit quaſi-contractum.*

RESPONSIO.

Quod Scholiaſtes actionem de recepto in ſimplum dicit oriri ex quaſi-contractu, non tam diſplicet, quam ratio, qua id adfirmat. Sola æquitas non ſufficit ad quaſi-contractum producendum. Sed id, quod ſpecies affinis ſit contractui, nec multum inde abſit, quemadmodum heic receptio *non* procul ab *obligatione ad reſtituen-*

dum

Digitized by Google

dum abire videtur. Dari plures quaſi-*contractus illis quinque ſpeciebus enumeratis* in tit. de quaſi-contr. *concedere licet; non æque, eſſe quaſi-contractum, ubicunque ſe prodit æquitas præſtationis.*

N. ADDIT.

Hic ante omnia doctrina noſtra de conceptu quaſi-contractuum plenius eſt inculcanda ex novis additionibus ad Pandectas tit. de Procur. n. 4. & ad Exhibendum n. 1. *Ex illis patebit, non ſolam æquitatem ſufficere ad quaſi-contractum, ſed ſupponi etiam inſuper factum aliquod innoxium nemini directo damnum dans, qualis eſt hic receptio, quod adeo facit ejusmodi actus eſſe affines contractibus, uti facta noxia, ſed ſine dolo ſunt affinia delictis. Interim ex* h. l. *acceptandum eſt, quod Autor fateatur, dari plures quaſi-contractus, quam in tit.* de quaſi-contr. *enumerati ſint. Unde cadit illa acerbior ſtrictura, vel certe Autorem ipſum ferit, qua infra* ad d. tit. ad exhibendum *philoſophiam meam notare voluit, quod juris terminos egrediatur, & ſuo arbitratu numerum quaſi-contractuum, ubi lex tacet, multiplicet.*

Ceſſant hæ actiones, ſi nautæ &c. prædixerint, ut quisque ſibi vigilaret, ſuaque cuſtodiret, *l. 7. pr. eod.* non ceſſant eorum reſpectu, qui gratis navigarunt, *l. 6. pr. h.* Aliter Wiſſenb. *ad ff. h. t. th. 27.* Addatur inde; prædictionem non tollere has actiones, niſi iter facientes & hoſpites conſenſerint, *ex d. l. 7. in pr.* diſcrimen, quod amplius tradit Wiſſenbachius, parum liquet.

TIT. VI.

De Actionibus.

Continuatio, & definitio Actionis. Diviſio prima, & quid actio in rem. Actionis in perſonam differentia. De civilibus in rem actionibus, nominatim de confeſſoria. Actiones in rem Prætoriæ & de Publiciana. De Reſciſſoria. Pauliana. Serviana. Hypothecaria. Prætoriæ in perſonam pœnales. Ejusdem generis rei perſecutoriæ. De præjudiciis. De nominibus diverſis differentiaque actionum in Rem & in perſonam. Secunda actionum diviſio ſumma, in Rei perſecutorias, pœnales, & mixtas, & de Rei perſecutoriis ſpeciatim. De pœnalibus & de mixtis. De mixtis in rem & in perſonam. Tertia diviſio in ſimplum, dupl. &c. Quarta diviſio in actiones bonæ fidei & ſtricti juris. Quænam ſint bonæ fidei. De actione rei uxoriæ. De compenſationibus. Actiones arbitrariæ exponuntur. De certitudine ſententiæ pœnisque plus, re, cauſa, tempore petentium. De pœna plus loco petentis. De minus petentibus atque emendatione libelli. De mutatione libelli ſubſtantiali. Ultima diviſio actionum, in ſolidum & minus. De his, qui habent beneficium, quoad facere poſſint.

(a) INtelleximus, quæ ſint jura, ratione ſtatus perſonalis, aut patrimonii civibus comparata. Sed quod Pomponius in *l. 2. §. 13. de O. J.* de magiſtratibus ait, *per eos effectum rei accipi*, id de actionibus merito prædicatur: quantum enim eſt, jus in civitate eſſe, niſi ſint actiones, quibus jura exerceantur! Quod cum omnibus populis, qui legibus & moribus reguntur, ſit commune, nihil hærendum, quin actiones inſtituto originali ſint juris Gentium; tametſi nulla forte pars juris gentium majori acceſſione juris civilis apud Romanos locupletata eſt, quam quæ de actionibus conſcripta eſt, unde paſſim actiones vocantur civiles, & obligatio naturalis cum primum vi actionis prædita eſſe cœpit, confeſtim juris Gentium eſſe deſinit, ac incipit eſſe Juris Civilis. vid. D. Wiſſenb. *parte 1. Pandect. diſp. 4. th. 7.* Diff. Bronch. *2. miſcell. 55.* & Dd. communiter, teſte Mynſingero *ad hoc pr. n. 4.* Ferme igitur tam late hoc caput de actionibus, quam totum jus, non modo per Inſtitutiones, ſed etiam per Codicem atque Novellas diffuſum, patet, cui proinde ſumma cura ſine dubio a ſtudioſo juris adhibenda, quibus ingens copia ſcriptorum in hoc genere abundat. Nomen actionis ab agendo, non παρὰ τὸ ἄγειν τὰς ἀγνώμονας ἐπὶ τὸ δικαστήριον, ab agendis reis ad tribunal, ut Theophilus ἀγωγὰς, qua voce Græci actiones exprimunt, derivat; ſed quatenus agere ſignificat facere & gerere, ſignificatione generali in hunc uſum peculiariter accommodata, ut nihil ſit frequentius, quam agere

(a) *Pof. 1. & 2.*

actione

Digitized by Google

actione ſeu judicio, *l. 22. de liber. cauſ.* &c. etiam agere actionem non eſt inſolens, etiam actio agi dicitur, *l. 5. §. 1. de Rei vind.* &c. v. Briſſ. *de V. S. in Agere.*

2. Sed ut ad rem veniamus, actio dupliciter conſideratur, primo, ut jus nobis competens adverſus alium, & ſic pertinet ad ſecundum juris objectum, *l. 49. de verb. ſignif.* Deinde, pro remedio, quo ipſo actu perſequimur id, quod nobis debetur, atque hoc ſenſu peculiare, & tertium juris objectum conſtituit. Definitur hic *in pr.* quod ſit Jus perſequendi in judicio quod ſibi debetur; ubi verbum *debet* late accipiendum, ita ut dominium quoque comprehendat, omnibusque in univerſum actionibus conveniat, ſecundum *l. 178. §. ult. de verb. ſign. l. 108. eod. & l. 19. §. 2. π. commod.* tametſi plerumque *ſuum* eſſe atque *deberi* invicem opponantur, *l. 27. §. 2. de Aur. & arg. leg.* Quare nihil neceſſe videtur, hunc imputare juris conditoribus errorem, quod univerſo tractatui de actionibus definitionem uni modo ſpeciei convenientem præfixerint, ut poſt alios paucos arbitratur D. Wiſſenbach. *ad hunc tit. th. 4.* adde Bronchorſt. 4. *antin. 30. & 2. miſcell. 53. in fin.* Et vel eo maxime nimis arbitraria ſummorum virorum illa reprehenſio eſt, quod iidem correcturi definitionem Cæſaris, pro verbis *id quod nobis debetur*, ſubſtitui volunt, *quod ſuum eſt*, cum tamen *ſuum* æque proprie debito, quam debitum ſuo opponatur, ut e textibus modo citatis, etiam ex *l. 9. §. ult. de ſupell. leg. l. 74. de Legat. 3.* liquet; adde Briſſon. *de V. S. verb. Suum. ubi; verbo ſuum, dominium ſignificari* &c. Non eſt abs re, cum actio dicitur jus perſequendi *in judicio*, ſcire quid hoc ſit. Eſt igitur Judicium, legitima cauſæ diſceptatio; quæ fit apud judicem ex parte Actoris & Rei, litis finiendæ gratia, Cujac. *paratit. C. de Judic.* In qua definitione tres indicantur perſonæ judicium conſtituentes, Actor, Reus & Judex. Actor eſt, qui provocat ad judicium. Reus, qui provocatur. Judex, ad quem fit provocatio, per *l. 13. & ſeqq. de Judic.* Secundum has perſonas tractatus de Judiciis heic inſtituitur: primo de jure Actorum, mox de jure Reorum, tertio de officio Judicis. Atque hoc ὡς ἐν παρόδῳ, plenius de illis in Pandectis agetur. Nam heic nobis conſilium eſt de natura & proprietatibus actionum breviter loqui; minime vero congerere in hunc locum, quæcunque tam de actionibus, quam de cauſis earum proferri poſſent; ita enim hic titulus creſceret in immenſum.

3. Juſtinianum igitur actionis vocabulum in latiore ſignificatu accipere, palam eſt, ut etiam Interdicta, hoc eſt judicia, quibus de poſſeſſione diſceptatur, & petitiones, quæ proprie actiones in Rem ſunt, & perſecutiones, quæ ſunt extraordinariæ cognitiones, in quibus ipſe Prætor cauſam cognoſcebat, neque judex pedaneus dabatur, comprehendat, *d. l. 178. & l. 34. de V. S. l. 37. de O. & A.* ut tamen ad publica criminibus judicia nomen actionis hoc loco non pertineat. Etenim hæ proprio nomine Accuſationes appellantur in *tit. D. de Accuſat. & l. 10. in fin. de jur. Patron. l. 14. §. accuſaſſe. de bon. libert.* (b) Secundum hæc; Diviſio Actionum prima & ſumma eſt, quod vel in rem ſint, vel in perſonam, *§. 1. h. t.* In rem actio dicitur, quæ ex jure in Re, datur adverſus quemlibet poſſeſſorem, ad vindicandam rem, vel adſerendum jus in re conſtitutum, qua de re videantur ea, quæ dix. *ad tit. de rer. diviſ. §. 11. & ſequ.* Agnoſcimus autem jura in re quinque numero: 1. Dominium, unde naſcitur rei vindicatio. 2. Jus dominio proximum, unde utilis in rem actio; quæ datur Emphyteutis & ſuperficiariis. 3. Servitus, unde eſt Actio confeſſoria. 4. Pignus, unde actio hypothecaria. 5. Hereditas, unde hereditatis petitio & querela inofficioſi *Teſtamenti.* Apparet itaque, dominium proprie dictum, de quo vid. *d. §. 12.* non eſſe cauſam actionis in rem adæquatam, ſed ea gratia terminum juris in Re non incommode eſſe repertum. Nec alia nobis ratio conſtat, quamobrem hoſce juris pontificii terminos, ut alias dictum, in uſum Artis recipiamus, quam quod æquabile fundamentum in rem actionum nobis ſuppeditant. Proinde cum nec ejus natura conſiſtat in alia re, quam quod rem, ubicunque ſit, afficiat, actionemque adverſus quemcunque poſſeſſorem producat, neceſſarium dictu eſt, ea jura, quæ non pariunt actionem in Rem, non eſſe jura in Re, nec eo nomine poſſe appellari; ſed hoc ipſo, quod quis aliquod jus non producere in rem actionem fatetur, is ſimul, immediate non eſſe hoc jus in Re, affirmat. Quare, quod jus dotis nonnemo inter jura in Re numerat, cujusmodi ſit, confeſtim intelligit, qui nullam in Rem actionem, qua dos univerſa a quo-

(b) *Poſ. 3. 4. 5. 6.*

libet

libet poſſeſſore petatur, in jure proditam eſſe conſiderat. Agit equidem maritus in rem actione ad petendas res ſingulas. Sed ea eſt ordinaria Rei vindicatio, quæ ex jure dominii competit, ut eſt *in l. 9. de R. V.* Egimus hac de re plena manu in *lib. 4. Digreſſ. cap. 9.* & in animadv. quæ ſubjectæ ſunt *Cap. 10. ſecunda edit. cap. 17.* Eadem ratio fortiter evincit, poſſeſſionem non eſſe jus in Re, quia nec inde ulla in Rem actio proprie naſcitur; etenim interdicta, quæ proprie de & ex poſſeſſione naſcuntur, ſunt actiones in perſonam, *l. 1. §. 3. de Interd.* ut inferius patebit; Publiciana vero, licet bonæ fidei poſſeſſori detur, non eſt tamen ex poſſeſſione, ut mox videbimus. Plane, quid de natura poſſeſſionis hac in parte ſit ſtatuendum, *ad tit. de Interdictis* diſputabitur, & diſputavimus in *d. lib. 4 Digreſſ. c. 10. & animadv. c. 18. & ſeqq.*

4. Termini igitur actionis in Rem, ſunt a parte actoris Jus in Re, a parte rei, poſſeſſio. In actione in perſonam, utrimque eſt obligatio. Nihil enim eſt aliud actio perſonalis, quam quæ datur adverſus eum, qui nobis obligatus eſt ad dandum, vel faciendum, *l. 25. de O. & A.* Obligatio autem conſtat duabus partibus, jure creditoris & onere debitoris. Hoc onus, ſive jus illud, quo quis nobis tenetur ad dandum vel faciendum, vocatur vulgo in ſcholis jus ad rem, *§. 2. h. t.* de quo vid. ſimiliter ea, quæ diximus ad *d. §. 11.* Vocabulo juris ad rem facilius carere poterat Ars juris, quam Juris in Re; quia nihil eſt in eo Jure quod ad Rem dicitur, quin etiam ſit in obligatione. Nam obligatio eſt vinculum inter utrumque tam debitorem quam creditorem, *l. 42. §. 2. de Procurator.* nec ſane tantum reſpectu debitoris, ſed etiam maxime creditoris intuitu; cum enim Leges ajunt, obligationes ad hoc eſſe inventas, ut unusquisque ſibi acquirat quod ſua intereſt, *l. 38. §. 17. de V. O. §. 19. Inſt. de inutil. ſtipul.* manifeſto cum reſpectu ad creditorem loquuntur; perinde cum obligatio cedi, vendi, in ſolutum dari, pignorari dicitur, ea creditoris intuitu potiſſimum intelliguntur: adeo fruſtra ſunt, qui obligationem ſoli debitori ineſſe contendunt, qua de re dix. *animadv. cap. 13.* Eſt tamen iſta, quod jus creditoris appellari queat jus in perſonam, quia naſcitur inde actio in perſonam, vel, quia ſic uſus fert, *jus ad rem*, ſcilicet obtinendam; & tunc onus debitoris *obligatio* peculiari ſenſu diceretur, quatenus ſæpe ſit, ut nomen generis aut Integri, ad unam ſpeciem vel partem reſtringatur, Sed uti Jus ad Rem ponatur ut effectus obligationis, adeoque dicendum ſit, ex obligatione naſci Jus ad Rem, & ex jure ad Rem actionem in perſonam, nimis a jure alienum atque pravum eſt, quod abunde *lib. 4. Digreſſ. cap. 5.* refutavimus, & in *animadverſ. cap. 11.* In definitione actionis in perſonam, ait Imper. *§. 1.* per eam nos intendere, adverſarium nobis aliquid dare aut facere oportere, *& aliis quibusdam modis.* Hæc verba Vultejus *diſcept. ſcholaſt. l. 4.* refert ad actiones præjudiciales. Donellus ad *h. §. 1.* ad quaſi-contractus & quaſi-maleficia. D. Wiſſenbach. ad hunc *tit. th. 10.* ex Cujacio, ad actiones in rem ſcriptas. Hotomannus & Mynſingerus ad diverſam agendi formulam, quam in dando & in faciendo, quibus & Vinnius accedit; veluti in actione commodati, depoſiti, pignoratitia, empti, conducti, non agitur ad *dandum*, quod eſt dominium transferre, nec ad faciendum, proprie loquendo, ſed ad præſtandum atque reſtituendum. In qua explicatione libenter acquieſcimus; tametſi forte nec reliquæ interpretationes omnino rejiciendæ fuerint.

5. (c) Primo omnium hic agitur de Actionibus in rem, quæ vel civiles ſint, vel prætoriæ. *§. 1. h. l. 25. de O. & A.* Civiles, ut rei Vindicatio, Actio in rem Utilis, Hereditatis petitio, & *Confeſſoria*, de qua *§. 2.* De reliquis Juſtiniano viſum non fuit heic agere, ſed earum Pandectis tractatum reſervavit: Proinde nos, qui ſimpliciter Cæſaris methodum ſequimur, de rei vindicatione, hereditatis petitione, utilique in rem actione tantiſper agere differemus: de confeſſoria videamus. Eſt autem CONFESSORIA nihil aliud, quam Actio in rem Civilis, qua quis ſervitutem ſibi vel prædio ſuo competere contendit, veluti, jus ſibi eſſe fundo vel ædibus utendi fruendi, per fundum vicinum eundi, agendi, vel aquam ducendi, item Jus ſibi eſſe oneris ferendi, tigni immittendi, ſtillicidii recipiendi, & ſimiles, *§. 2. h.* Scilicet hæc actio competit, ubi ſervitus jam eſt acquiſita; nam ſi tantum promiſſa, non niſi ex ſtipulatu agendum; niſi forte, ſi teſtamento relicta ſit, videatur & confeſſoria agi poſſe, per ea, quæ diximus *ad tit. de Servit. n. 15.* Huic opponitur actio Negatoria, qua alter negat ſuum prædium debere ſervitutem: ex qua definitione ſatis liquet negatoriam actionem non eſſe ex ſervitute, ſed contrariam ſervituti, & ex jure libertatis, quæ

(c) *Poſ. 10. 11. 12. 13. 14.*

dominio cohæret. Cæterum, datur hæc negatoria domino poſſidenti fundum; quod in rebus corporalibus non fit; nam poſſidentes tuentur ſe commodo poſſeſſionis, non agunt rem ſuam eſſe, præterquam uno caſu in *fine h. §. 2.* quem tamen unum caſum nemo adhuc monſtrare potuit; niſi legendum ſit, *hoc uno caſu*, tali ſenſu, quod poſſidenti non detur actio in rem, excepto hoc caſu actionis negatoriæ.

6. Plane in hoc articulo duplex movetur difficultas, primo enim dicam ſcribit Juſtiniano Wiſſenbachius noſter *diſp. ad h. t. th. 14. Actio negatoria*, inquit, *ex ſententia Juſtiniani non habet locum in controverſiis rerum corporalium*, §. 1. h. *Rationem reddit Cæſar, quod in hiſce controverſiis agat is, qui non poſſidet; ſentit ergo Imperator, actionem negatoriam poſſeſſori tantum competere, quod falſum eſt, competit utrique & poſſeſſori & non poſſeſſori*, l. 5. §. 1. l. 8. §. 3. ſi ſervit. vind. *ut, ſi poſtquam ædificatum ſit, agam, tibi non eſſe jus altius tollendi: Item, Si poſtquam tigna immiſſa ſunt, agam, tibi non eſſe jus immittendi, dd. ll.* Utcunque autem Vir Summus Cujacium & Contium laudet auctores, hac parte non dubito, quin nullo merito Juſtinianus redarguatur. Etenim primo non eſt in ejus verbis, quod negatoria ſemper detur poſſeſſori; ſed hæc eſt ejus ſimplex ratiocinatio; Negatoria actio non datur de rebus corporalibus, quoniam in illis nunquam fit, ut actor poſſideat, verum is, qui non poſſidet, actoris ibi partes ſuſtinet; hoc enim agit, ut poſſeſſionem ſimulque rem ipſam adipiſcatur; negatoria datur etiam poſſeſſori; *etiam*, inquam; hoc per conſequentiam a Juſtiniano dictum, facile intelligitur: Atqui, illam ipſe conſequentiam D. Wiſſenb. concedit. Præterea mihi quidem Imperator, & ſi dixiſſet, negatoriam ſemper dari poſſeſſoribus, tamen reprehendendus non videretur: ſine dubio enim hoc de poſſeſſoribus fundi, non juris ſervitutis intelligit, ut ex comparatione poſſeſſoris rerum corporalium intelligitur: At ſemper ita, ni fallor, accidit, ut is, qui negatoria experitur, fundum, a quo alius petit ſervitutem & cujus ille vindicat libertatem, poſſideat, *l. 2. ſi ſervit. vindic.* Textus autem, quibus utitur D. Wiſſenbach, agunt de poſſeſſione juris, quod longe eſt aliud. Ex. gr. debeo ſervitutem vicino altius non tollendi; quamdiu non ædificavit altius, vicinus quaſi-poſſeſſor manet juris, ne mihi liceat altius tollere. Ego vero ſum poſſeſſor fundi ſervientis: at poſtquam ædificavi, tunc ego quoque ſum poſſeſſor juris & fundi ſimul. Neque tamen video, tali caſu, actionem negatoriam dari tam poſſidenti quam non poſſidenti. Datur ei, qui non poſſidet jus ſervitutis, quod ſibi vindicat, adverſus poſſidentem jus contrarium libertatis. Igitur ſi Wiſſenbachius de jure loquitur, verum non eſt, dari negatoriam poſſidenti æque ac non poſſidenti: ſi de fundo, non recte contradicet Juſtiniano adſerenti, negatoriam hoc habere peculiare, quod detur poſſidenti, cum aliæ in Rem actiones poſſidentibus nunquam dentur.

Alter ſcrupulus, quem nobis hic reliquit Imperator, eſt is, quod uno caſu dixit, evenire, ut is, qui poſſidet, nilominus actoris partes obtineat. Mirifice deſudant Interpretes, ut unum ejusmodi caſum reperiant, quo poſſeſſor rei corporalis agat in Rem, quorum omnium cogitationes refellit noſter D. Wiſſenbach poſt A. Matthæum ad hunc *§. 3.* vid. *diſp. 44. ad Inſt. th. 16.* Secundum hoc igitur ille caſus *κεῖται ἐν ἀποκρύφοις*, eſt res inexplicabilis. Malim eſſe contentus ea expoſitione, quam viri maximi, Goveanus *1. var. lect. 41.* Cujacius & Hotoman. *ad hunc §. 4.* Mornac. *ad l. 6. ſi Servit. vind.* aliique ſequuntur, caſum illum unicum non eſſe alibi quam in hoc *ipſo §. 2.* quærendum; ſcilicet in ſervitutibus fieri, ut is, qui poſſidet, etiam actoris partes teneat, quemadmodum modo expoſuimus. Quam interpretationem luculenter executus videtur Theoph. quem in eadem fuiſſe ſententia, perſpicue, ni fallor, intelligi poteſt. Primo enim verba Juſtiniani ferme *κατὰ πόδας παραφράζει*, in quibus ſic erat ſcriptum; Ei, qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem actoris eſſe. Rurſus; *uno caſu, qui poſſidet, actoris partes obtinet*, *ἐν ἑνὶ μόνῳ θέματι*, uno ſolo caſu. Poſt hæc expoſita, *παραφραστικῶς*, ut ſolet, repetitionem & exegeſin eorundem verborum inſtituit, uti primo rationem reddat, quare in actionibus in Rem negatoria locum non habeat; quomodo enim poſſeſſor ageret? inquit: Nego rem eſſe adverſarii; ergo eſt mea? at hoc non ſequitur; poteſt enim eſſe tertii. *ἀλλὰ ταῦτα μὲν ἐπὶ τῶν σωματικῶν*, ſed hæc quidem in corporalibus; *ἐπὶ δὲ ἀσωμάτων καλῶς κινοῦμεν τὸν* in rem *κονφεσσορίως*, *κινοῦμεν δὲ καὶ νεγατορίως*, in rem in corporalibus non modo confeſſorie, ſed etiam negatorie, inquit,

recte

recte agimus. Licet enim ſic agere: Nego meum fundum tibi ſervire, peto igitur eum liberum tuæ dominationis declarari. De rebus corporalibus qui in rem agit, ex ſuo Jure experitur, & concludit rem eſſe ſuam, petitque ſe dominum declarari; concluſio ut a petitione adverſarii liberetur, ibi nulla prodita eſt; ſufficit in eum finem interdictum, & quod ſe commodo poſſeſſionis tuetur. Reddit ita evidenter rationem exceptionis Theophilus, τῦ ἑνὸς μόνυ θέματος, *unici caſus illius*, quem antea dixerat eſſe exceptum. Aliter Vinnius *hic*, aliique.

Præterea notandum, actionem confeſſoriam poſſe verbis conſtare negativis, & negatoriam affirmativis, quoties ſc. natura ſervitutis hæc eſt, ut actoris intentio negative exprimenda ſit. Exemplum; ajo te non poſſe altius tollere, hæc eſt Actio confeſſoria, id eſt, dico te mihi debere ſervitutem altius non tollendi: vice verſa, his verbis, ajo me poſſe altius tollere, conſtat Actio negatoria; ac ſi diceret actor, nego me tibi debere ſervitutem altius non tollendi, *l. 4. §. 2. D. ſi ſervit. vindic.* Sed obſtat vehementer, quod Cæſar ſcribit *in d. §. 2. Si quis intendat jus non eſſe adverſario utendi, fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi, item altius tollendi, proſpiciendive &c. iſtæ quoque actiones in rem ſunt, ſed negativæ.* Simplex reſponſio eſt, ſervitutem altius non tollendi eſſe negativam, quando agimus de ſervitute altius tollendi, quam dedimus expoſitam *ſupra ad tit. de ſervit. n. 11.* Alii ſubtilius, dicunt a Juſtiniano illic, *jus altius non tollendi* appellari jus dominantis, quo quis alium prohibere poteſt, ne altius tollat: Cum igitur vicinus parat altius tollere, & dominans eum vult impedire; tum hic negatoriam habet, ac ita ait; Tu non habes jus altius tollendi, ſive, tibi non competit ſervitus altius non tollendi, qua me prohibere poſſis.

7. (d) Sequitur alterum noviſſimæ diviſionis membrum, actiones in rem prætoriæ, quæ ſunt Publiciana, Reſciſſoria, Pauliana, Serviana, & quaſi-Serviana ſive Hypothecaria, *§. 3. h.* Prætor eas ex ſua jurisdictione producit, eo quod Legibus non erant jura in Re conſtituta, unde hæ actiones producerentur. Nec quidem ut nunc a Prætore ſunt ſtabilitæ, ex juribus in Re oriuntur, præter duas poſtremas, quæ ex pignore naſcuntur; Reliquæ nihil habent, quod iis principium actionis in Rem tribuat, præter ſolam Edicti auctoritatem & æquitatem, quæ Prætorem movit; at hæc eſt generalis, nec profecto jus in Re eſt.

(d) *Poſ. 15. & ſeqq.*

SCHOLIUM.

De Pauliana effatum auctoris concedo, non vero de Publiciana vel Reſciſſoria, utpote quæ ex dominio præſumpto oriuntur. vide Magnif. Dn. Born. d. l. c. 2. §. ult.

RESPONSIO.

Atqui Publiciana & Reſciſſoria actiones diſerte non dominis *dari dicuntur, ut videbimus. Fictio dominii, cujus mentio fieri videtur in* §. 4. & 5. *non inducit præſumptionem dominii, ſed potius ad effectum pertinet; vindicat rem ſuam eſſe, ac ſi eſſet dominus: cum ſatis conſtet, eum non eſſe dominum, necdum ejus rei dominus effectus eſt; habetur* in d. §. 4.

N. ADDIT.

Et his ſuperſediſſet Autor, ſi ei locum Bornianum inſpicere licuiſſet. Dominium præſumptum, *inquit Bornius d. l.* voco illud, quod aut nondum eſt, aut fuit quidem, ſed jure ſtricto iterum amiſſum deprehenditur. *Hinc facile corruunt, quæ Autor hic movet, quod hæ actiones dentur non dominis. Diſtingue inter dominium civile & prætorium, ſeu illud præſumptum. Deinde verum eſt, fictio dominii ad effectum pertinet, quod quis vindicet rem ſuam eſſe, ac ſi eſſet Dominus, ſed inde non ſequitur, quod ex eo non inducatur præſumptio Dominii. Quid ergo? ſane effectus teſtatur de cauſa. Ergo liceat illam rationem Autoris potius invertere. Et quidem non eſt ſimplex præſumptio, quæ elidi poſſit, ſed præſumptio firmiſſima, & ſimilis præſumptioni, quam Doctores ſolent appellare juris & de jure.*

Videamus ſingulas actiones; PUBLICIANA datur ei, qui rem bona fide, juſtoque titulo nactus a non domino, ante uſucapionem impletam amiſit, ad hoc, ut eam recuperet a quolibet poſſeſſore, *§. 4.*

SCHOLIUM.

Hanc ex dominio præſumpto agnoſcit etiam Struvius Ex. XI. th. 40. *Autor id negat, quia* qui non habet dominum, is nec jus habet dominii. *Sed bonæ fidei poſſeſſor reſpectu aliorum habet utique dominium præſumptum, hactenus enim bona fides eſt* inſtar dominii. *Et hoc malo aſſerere, quam cum autore* d. l. fundamentum hujus actionis, deficiente tam dominio, quam

obliga-

obligatione, eſſe æquitatem. *Ut enim cauſa hæc nimis generalis eſt, & in rei vindicationem etiam bonæ fidei poſſeſſor ex æquitate obligatur ad rem domino reſtituendam, ita quoque actionem hanc ex numero actionum perſonalium videtur extrudere, ut hoc pacto tertium genus actionum formandum ſit, ſub quo comprehendantur actiones, neque ex dominio neque ex obligatione venientes.*

RESPONSIO.

Tale genus actionum, quæ neque e dominio neque ex obligatione ſunt, dari probat l. 32. de Reb. Cred. *Lex vel Edictum ſufficit actioni in rem producendæ. Quid autem eſt notius, quam oppoſitio domini & bonæ f. poſſeſſoris? verum eſt, hunc ſæpe dominum præſumi, quando veritas ignoratur, ſed ubi palam actio datur tanquam bonæ f. poſſeſſori, nulla ſpecies cum appellandi dominum præſumptum ſupereſt.*

N. ADDIT.

Non ſentit Autor, quod hac reſponſione contra ſe ipſum diſputet, ut qui ſupra ad tit. de Rer. Diviſ. n. 1. *Jus rerum ad duo ſumma capita retulerat, de dominio & obligationibus. Vel igitur iſta partitio fuit inſufficiens, vel non datur actio ad jus rerum pertinens, quæ neque ex dominio neque ex obligatione fluat. Lex* 32. de rebus Cred. *continet ſpeciem obligationis ex quaſi-contractu, quia ibi eſt factum innoxium regulis æquitatis ſubnixum. Denique ſi lex vel edictum ſufficit actioni in rem producendæ, ſufficit etiam ad producendum dominium, tanquam fontem genericum actionis omnis in rem. Si ad hoc non eſt ſufficiens, nec ad prius ſufficiet. Ad reliqua jam reſponſum fuit in* nova addit. præced.

Fundamentum hujus actionis, deficiente tam dominio, quam obligatione, eſt æquitas, quæ potius, ut res apud eum ſit, qui bonam fidem titulumque habet, quam apud alium, dictat. Ideoque non eſt opus mendacio, quod hic in §. 4. ſuggeri videtur, ut actor ſe dicat uſucepiſſe, quod non uſucepit; niſi juxta Theophilum addat, *ὡσανεὶ ἐσουκαπίτ]ευσα, quaſi-uſucepi;* ſane hoc veriſſimum eſt, actorem, qui non uſucepit, agere heic nihilo ſecus ac ſi uſucepiſſet, alioqui nulla in Pandect. *h. t.* figmenti hujus occurrit mentio. Denique non datur veris Dominis hæc actio, quia illis *neceſſaria* non eſt, *l. 1. §. 1. de Public.* pari ſenſu, quo in *l. 24. de poſtlim.* capto a latronibus poſtliminium neceſſarium non eſt, cum nullo modo ei poſſit applicari; ſimile eſt *in l. 21. §. 1. eod.* Regulariter non eſt quod deſideret hanc actionem bonæ f. poſſeſſor, poteſt tamen fieri, ut ei ſit neceſſaria, ſi forte dominii probationibus diffidens contentus ſit agere vi bonæ fidei poſſeſſionis; Neſcio, an hoc ſenſu diſſentiat D. Wiſſenbach. *ad tit. ff. de Public. in rem act. th. 23.* Domino qua tali, ſeque talem profitenti, non poteſt dari Publiciana: Non dicenti ſe talem, etſi vere talis ſit, omnino dari poteſt. Denique nec contra verum dominum agi Publiciana, res ipſa loquitur, *l. penult. d. t. §. 4. h. tit.* Excipe caſum *l. 31. Ex quib. cauſ. maj.* ubi Reip. cauſa abſens rem meam uſucepit, cujus poſſeſſionem ego rurſus ſum nactus, eaque denuo ad illum, qui rem prius uſuceperat, rediit; jam mihi contra illum, etſi per uſucapionem dominio potitum, datur hæc actio. Sunt alii caſus excepti *in l. 72. de R. V. l. 57. Mandati. l. 28. de Noxal. action.* ne quidem adverſus alium, qui cum titulo poſſidet, *l. 9. §. 4. eod.* cum enim tu, qui Publicianam moves, nihilo plus juris habeas, potior eſt cauſa poſſidentis: eſt aliud, ſi rem ab eodem auctore nacti eſtis, nam tunc melior is eſt, cui res priori tradita fuit, *d. l. 9. §. 4.* non eſt eadem ſpecies (*) in *l. 31. §. fin. de Action. empt.*

SCHOLIUM.

(*) *Ex mente JCtorum forte eſt eadem ſpecies: Conferenti enim unum textum cum alio verba monſtrabunt, hac parte diſſenſionem fuiſſe inter JCtos. Et mire variant Doctores de invenienda ſpecie* d. l. 31. *quæ non pugnet* cum d. l. 9. §. 4. vide Strauch. XXII. 3. & ubi not. p. 293. Wiſſenb. ad ff. h. t. th. 26.

RESPONSIO.

Videbimus ad tit. ff. de Public. act. in fin. & *jam dix.* in poſit. ibid.

N. ADDIT.

Mihi adhuc videtur ſubeſſe antinomia, & diſtinctiunculæ Doctorum jam notatæ in allegatis locis, non eſſe ſufficientes. Tu lector judica ex ipſis textibus. In primo ait Ulpianus: Si duobus quis ſeparatim vendiderit bona fide ementibus, videndum, quis magis Publiciana uti poſſit: Utrum is, cui priori res tradita eſt, an is qui tantum emit. Et Julianus ſcripſit, ut ſi quidem ab eodem non domino emerint, potior ſit, cui priori res tradita eſt; quod ſi a diverſis non dominis, melior cauſa ſit poſſidentis, quam petentis. Quæ ſententia vera eſt. *Longe aliter philoſo-*

Google

loſophatur Neratius *in altero textu.* Uterque noſtrum eandem rem emit a non domino. Cum emptio venditio ſine dolo malo fieret, traditaque eſt, ſive ab eodem eminus, ſive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus eſt, qui prior jus ejus apprehendit, hoc eſt, cui primum tradita eſt. Si alter ex nobis a Domino emiſſet, is omnimodo tuendus eſt. *Hic cæcus ſit oportet, qui non videat, Neratium Juliani & Ulpiani diſtinctioni contradicere voluiſſe.*

Cæterum, ex definitione Publicianæ & *d. §.* 4. ſatis liquet, rem traditam eſſe oportere, quanquam heres fideicommiſſarius, etſi poſſeſſionem non ſit adeptus, uti poteſt Publiciana, quaſi hereditas pro illo poſſederit, *l. 12. §. 1. h. t.* Ex juſta quoque cauſa rem traditam eſſe oportere, ſimiliter in definitione collatum eſt; ut tamen, ſi quis juſto errore facti cauſam ſubeſſe putaverit, quæ non erat (velut, ſi emerit a furioſo, quem ignorabat furere,) licet emptio non valeat, *l. 5. de R. J.* Publiciana nihilominus detur, *l. 7. §. 2. h. t.* non tamen contra ipſum furioſum, ut capienda videtur *l. 2. §. 16. D. Pro emtore.* vid. D. Wiſſenb. *ad h. t. ff. th. 24.* Jam ex his, quæ dicta ſunt, per ſe liquet; nullum jus in Re cauſam huic actioni præbere. Nec enim quiſquam aut poſſesſionem, aut jus poſſesſionis, huc ſana ratione adducere poteſt. Nam qui habet Publicianam, is amiſit poſſesſionem; habet jus recuperandæ poſſesſionis; at hoc nemo jus poſſesſionis dixerit: qui non habet dominium, is nec jus habet dominii, qui ſervitute caret, is nec jure ſervitutis gaudet. Sic nihilo magis jus poſſesſionis habet, qui ipſa poſſesſione privatus eſt, ut pluribus a nobis approbatum eſt in *lib. 4. Digreſſ. cap. 10.* Proinde neceſſaria hinc eſt conſecutio, Publicianam proprie non eſſe in Rem actionem, ſed magis ex earum numero, quæ in rem ſcriptæ dicuntur; quarum hæc eſt natura, ut cum nullo ex jure in Re naſcantur, tamen adverſus quemlibet poſſeſſorem dentur.

8. (e) Altera ex Prætoriis in Rem, eſt RESCISSORIA, qua reſcinditur uſucapio in favorem ejus, qui per abſentiam læſus fuit. Eſt autem duplex, una datur abſentibus contra præſentes, altera præſentibus contra abſentes, *l. 1. D. ex quib. cauſ. major.* utraque finiebatur olim anno utili, hodie quadriennio, *§. 5. h. l. ult. C. de temp. in int. reſtit.* Abſentibus, ſcil. Reip. cauſa, datur actio, qua rem ſuam ſe abſentibus uſucaptam per præſentes, uſucapione reſciſſa, revocant. Idem eſt, ſi actio per præſcriptionem ſublata ſit, uti perinde res petatur, ac ſi præſcriptio non eſſet abſoluta, *d. l. 1. §. 1. Ex quib. cauſ. maj.* Præſentibus datur Actio contra quoslibet abſentes, ſeu juſta ſive ex injuſta cauſa, contra eos, inquam, qui defenſorem non habuerunt, *l. 22. d. tit.* ac interim res præſentium uſuceperunt, in hoc, ut reſciſſa uſucapione, res revocetur atque reſtituatur, vid. de utraque hac actione *d. l. 1. & tit. D. ex quibus cauſ. majores.* Sed quæri poterat, an non hæc actio reſciſſoria ſit ſupervacua, ex eo, quo in *l. 1. in fin. C. de annal. except.* ſcriptum eſt, non valenti agere non currere præſcriptionem; At hæc regula de ejusmodi impedimentis intelligenda eſt, quæ perſonam ad agendum inhabilem reddunt, veluti filium dum eſt in poteſtate, mulierem conſtante matrimonio: ſed impedimenta alia extrinſecus etiam a jure obvenientia, præſcriptionis quidem initio obſtant, ſed rite inchoatam ſiſtere non poſſunt, Bachov. *diſp. 3. de Action. th. 27. in fin.* Cæterum, jure novo poſt *l. 2. C. de Annal. except.* non videtur hæc reſtitutionis ſpecies, quæ datur præſentibus contra abſentes, amplius neceſſaria; quoniam is, adverſus quem uſucapio vel præſcriptio inchoata eſt, libello duntaxat oblato, etiam abſentis præſcriptionem interrumpere poteſt, *d. l. 2.* Proinde quod indefenſus fuit reus, ſine quo non procedit hæc reſtitutio, nihil ad rem modo pertinet. Diſſ. Scholiaſt. *ad poſ. 23.* ratione non reddita. Hoc tamen etiamnum oportet a nobis obſervetur: in priori ſpecie actionis reſciſſoriæ, qua abſentibus conſulitur, Reipubl. quidem cauſa abſentes memorari, ſed eam minime tam ſtricte, atque ſupra in excuſatione a Tutela nobis uſurpata eſt, hic intelligendam; Quippe non tantum Reipubl. appellatio hic etiam ad municipia extenditur, *l. 8. l. 35. §. 8. Ex quib. cauſ. major.* ſed etiam ad quamvis juſtam, imo probabilem cauſam, qualis eſt vinculorum & ſtudiorum, *d. l. 1. in fin. & l. 28. eod.* Limitatio tamen habetur in *l. 36. d. tit.* quod hi ſoli Reipubl. cauſa abeſſe dicendi ſunt, qui non ſui commodi cauſa, ſed coacti abſunt, ubi quidem coactio rurſus per ea, quæ modo dicta, reſtringitur, ut civiliter intelligatur, quatenus etiam ſtudiorum occupatio pro neceſſitate peregrinandi habetur; ut tamen ad mercaturam vix produci poſſe videatur, quia diſerte ea ſpecies impingit in verba Ulpiani, *non ſui commodi cauſa. d. l. 28.* quanquam in his Re-

(e) *Poſ. 19. 20. 21.*

Digitized by Google

buspubl. ubi mercatura viget, ratio ab hac quoque extenſione neutiquam abhorret; verum aliud eſt jus ſcriptum interpretari, aliud novi juris auctorem eſſe condendi. Diſſent. D. Wiſſenb. *ad d. tit. ff. th. 4.* cujus rationes in eam partem, quæ non eſt officii noſtri, ſine dubio valent. Sic alibi videbimus, hypothecam tacitam dari creditoribus ad domum reficiendam, non æque ad reficiendam navem mercaturæ cauſa, *ad tit. ff. Ex quib. cauſ. pign. tac.* etſi ratio pro his æque bona ſit. Diſſ. etiam Scholiaſtes ad *poſ. 24. b.* eo quod *d. l. 36.* ſaltem inferat, quod mercatoribus non detur reſtitutio propter abſentiam Reip. cauſa. Atqui Edictum de hac loquitur, aut de talibus, quæ ad eam referri poſſunt. Proinde ſi ad hanc referri non poteſt mercatura, quomodo ad Edictum pertinet? eritne cauſa vinculorum, ad quam mercatura referetur? aut quæ tandem? Fruſtra exceperis, abſentes ſtudii literarum cauſa, ſui quoque abeſſo commodi gratia; nam etſi hoc eſt veriſſimum, tamen heic *commodi* vocabulo, lucrum ſignificari pecuniarium, caret omni dubio. Cæterum, de altera Edicti parte, qua Prætor contra abſentes præſentibus ſuccurrit, ſola Juſtinianus agit in noſtro *§. 5.* In hac autem mireris merito, quod abſentiam requirat Reip. cauſa, cum actio, quæ datur adverſus abſentes, quæque ad jus eorum minuendum pertinet, non debeat eſſe durior in eos, qui publicam utilitatis cauſam habent, quam qui ſuo commodo vel in fraudem aliorum abſunt: Quanquam vero ad excuſandum Tribonianum profertur, & quidem recte, credo, abſentiam Reip. cauſa tantum exempli cauſa allegari, tamen fieri non poteſt, quin negligentius id *exempli cauſa.* ſit poſitum, quod minus ad rem faciebat, neque potius, ut res erat, ita ſit ſcriptum, quod totidem verbis, ac quæ jam collocata ſunt, fieri potuiſſet. Sed valeat illa excuſatio, & acquieſcamus in eo, quod aliunde ſuppleri poteſt.

9. (f) Tertia ſequitur actio Prætoria in Rem, ſic dicta; Qua creditores, qui ſunt miſſi in poſſeſſionem bonorum debitoris ſui, repetunt ea, quæ in fraudem ſuam a debitore ſunt alienata; perinde ac ſi res adhuc in bonis debitoris manſiſſet. Sciendum autem, creditoribus duplicem ex hac cauſa actionem dari; unam ex pignore Prætorio, quæ datur ad repetenda ea, quæ poſt decretam factamque miſſionem ſunt alienata, *l. ult. C. de Præt. pign.* ubi creditori miſſo in poſſeſſionem datur hypothecaria, *quocunque modo poſſeſſionem amittat*, cujus uſum jure veteri tam late non patuiſſe, facile exinde colligitur; Alteram, quæ competit etiam creditoribus poſt miſſionem, ad revocanda ea, quæ vel ante, vel poſt miſſionis decretum alienata fuerant, *l. 1. in pr. l. 9. & l. 10. in pr. de his, quæ in fraud. credit.* eaque PAULIANA dicitur in *l. 38. §. 4. de uſur.* nec aliter competit, quam ſi facta ſit alienatio fraudandi animo, *d. l. 1. & d. l. 10.* Quod requiſitum cum hic quoque diſerte collocatum ſit, nihil dubitandum, quin recte Theophilus, *ad hunc §.* de hac actione dixerit, ἥτις λέγεται Παυλιανή, quæ Pauliana dicitur; Nam ad alteram, quæ ex pignore Prætorio naſcitur, animus fraudandi non requiritur, *d. l. ult.* Ratio autem, quæ movit quosdam, ut hic de poſteriori & Prætorio pignore agi putaverint, quam & D. Schotanus *in exam. ad. tit. ff. de his, quæ in fraud. cred.* laudat, eſſe videtur, quia vident, Paulianam actionem non eſſe in rem, non magis quam Favianam & Calviſianam, quibus patroni in ſuam fraudem alienata revocant, *l. 1. §. 26. de his, quæ in fraud. Patron.* ubi diſerte illæ in perſonam dicuntur. Actionem autem, de qua hoc *§. 5.* agitur, in rem eſſe, pro certo habent, imo certum eſt, hanc actionem, quemadmodum & præcedentes, proprie non eſſe in Rem, quia non datur ex aliquo jure in Re, ſed Creditoribus perſonalibus, & eſt in factum, *l. 10. in pr. D. de his, quæ in fraud. credit.* Omnis autem in factum actio eſt in perſonam, *per l. 25. D. de O. & A.* vid. D. Wiſſenb. *ad h. t. th. 28. noviſſ. edit.* Verum in hoc imitatur naturam actionum in rem, quod detur, in quemcunque poſſeſſorem; cujusmodi Actiones *in rem ſcriptæ* dici, inquam, ſolent; quæ ſuo ſcilicet fundamento ſunt perſonales, verum ex nullo jure in Re naſcuntur, hoc autem habent Reale, quod etiam contra tertium, adeoque poſſeſſorem quemlibet dantur; & hæc fuit ratio, quare Juſtinianus eam in numero actionum in Rem poſuerit; quod eo minus novum videri debet, cum idem fere in Publiciana contigiſſe, modo ſit dictum; nec aliter in Reſciſſoriis obtinet; nam (ut hoc loco id collocemus) ibi quoque nullum jus in Re ut fundamentum hujus actionis monſtrari poteſt. Jus enim vere translatum fuit in eum, qui uſucepit, aut præſcripſit, nec actori quicquam

(f) *Poſ. 22. 23. 24. 25.*

tribui

tribui poteſt, quam æquitatis ratio, cur ei hæc actio indulgenda fuerit. *Quæritur* poſtremo, an Pauliana detur etiam in poſſeſſores fraudis ignaros; & diſtinguitur, qui rem tenent ex cauſa lucrativa, poſſunt conveniri, ſecus ſi ex cauſa oneroſa rem ſint nacti, *l. 6. §. 11. de his, quæ in fraud. credit.* Eſt autem & dos cauſa oneroſa, *l. 56. §. 1. de jure dot.* Sed alienare non videtur, qui tantum repudiat jus recens acquiſitum, *l. 6. in pr. & §. 2. Quæ in fraud. credit.* ut in ſuprema Friſiorum Curia judicatum eſt non ſemel. Sand. *3. deciſ. 13. defin. 3.*

10. Idem Sandius in ea ſententia eſſe videtur *d. tit. def. 1.* Paulianam jure non dari, de rebus ante miſſionem in poſſeſſionem alienatis: idque probat tribus argumentis, petitis ex *l. 6. §. Sciendum. 7. Quæ in fraud. Cred.* ex *§. 6. h.* & ex *l. 9. de his, quæ in fraud. Cred.* laudatque Donellum & alios idem ſentientes. Atqui in *l. 1. & in l. 10. paſſimque d. tit. Quæ in fraud. Cred.* indiſtincte agitur de his, quæ in fraudem Creditorum alienata ſunt, idque reſtringi ad alienata poſt miſſionem factam, incivile eſt, quia tales alienationes ſunt rariores, utpote debitoribus adminiſtratione rerum ſuarum jam tum privatis. Textus objecti non probant, quod vult Sandius. Etenim *l. 6. §. 7.* non agit de rebus in fraudem Creditorum alienatis, ſed de pecunia ab uno e creditoribus ſeorſim a debitore accepta. Verba *§. 6. h. t.* non inferunt, alienationem ante miſſionem eſſe factam, ſed actionem revocatoriam non dari ante miſſionem. *L. 9.* docet, bonæ fidei emptorem, de re poſt miſſionem empta non teneri. Inde non ſequitur, de alienatione fraudulenter ante miſſionem facta, non dari actionem. Bene eſt, quod Dd. *commun.* & Curia, teſte Sandio, aliter ſentiunt. Ex his velim explices aut ſuppleas, quod in *poſit. 23.* ſcriptum eſt, Paulianam dari de rebus alienatis ante miſſionem, poſt eam dari hypothecariam. Verum eſt, Paulianam de rebus poſt miſſionem alienatis non eſſe neceſſariam, quia tunc hypothecaria datur, uti poſt *d. l. ult.* Sed tamen non dari Paulianam, ſi fraudandi animus adſit, non eſt adfirmandum.

11. (g) Sequitur Actio SERVIANA, ſic ab auctore, quemadmodum & Publiciana & Pauliana, dicta; datur hæc autem Domino fundi ad perſequendas res coloni; quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ipſi tenentur, adverſus quemlibet poſſeſſorem, uti rebus cedat, aut mercedem ſolvat; alioqui in id quod intereſt condemnatur, ut explicatum in *l. 16. §. 3. de pignor.* Res autem, quæ pignoris jure tenentur domino, ſunt primo fructus, qui tacite ſine ulla conventione pro mercede ſunt obligati, *l. 7. In quib. cauſ. pign. tacit. contrah.* Præterea res invectæ & illatæ; at hæ non aliter, quam ſi nominatim ita convenerit, ut pro mercede teneantur, *l. 4. eod. tit.* aut ſaltem quæ voluntate domini in fundum ſunt illatæ, *l. 5. C. locati.* quod non de ſimplici conſenſu domini accipiendum videtur; ſed de conventione, qua dominus fundum ea lege locavit, ut certæ res in eum inferrentur. Donell. *comm. de pignor. tit. in quib. cauſ. pig. tacit. contrah.* In urbanis prædiis res invectæ & illatæ, ſine ulla conventione per ſe, pro mercede pignoratæ intelliguntur, quod ſecus in ruſticis obtinere, jam diximus. Ratio differentiæ, quoniam in ruſticis fructus tacite ſunt obligati; proinde ibi duplici pignore nihil eſt opus, ſed in urbanis cum nihil ſit quam res illatæ, neceſſe fuit in his lege ſtatui hypothecam, *d. l. 4.* juncta *l. 7. d. t. in quib. cauſ. pign. tac. contrah.*

12. In eodem *§.* traditur actio quaſi-Serviana ſive HYPOTHECARIA, quæ datur cuilibet creditori ad perſequendum pignus ſive hypothecam; contra quemlibet poſſeſſorem, in hoc, ut rem pignoratam reſtituat, vel debitum actori ſolvat, *d. l. 16. §. 3. de pignor.* Eſt etiam hæc actio prætoria, quæ fortaſſe nomen actionis in Rem tueri poteſt, ſiquidem non modo contra quemlibet poſſeſſorem datur, ſed etiam jus aliquod in Re in anteceſſum extat, unde originem habet: jus ſcilicet pignoris ſive hypothecæ. Nam inter pignus & hypothecam tantum nominis ſonus differt, *l. 5. §. 1. de pignor.* quod tamen Imperator in hoc *§. 7.* limitat, *quantum ad actionem hypothecariam attinet*, inquit. Imo generali ſignificatione juris ſimpliciter verum eſt, quod Marcianus *d. l. 5.* auctor ſcribit; quoniam, de quacunque re inter creditorem & debitorem convenerit, ut ſit pro debito obligata, illa utraque hac appellatione continetur, ait idem Cæſar in *d. §. 7. h.* ſed accidit hiſce verbis, quod aliis in jure & in omni diſciplina innumeris, ut cum pauciora ſint verba quam res, nomen generis uni ſpeciei applicetur; Ita, inquam, & pignori & hypothecæ evenit, ut hæc quidem

(g) *Poſ. 26. 27. 28.*

vox de re immobili, pignus de mobili potiſſimum uſurpetur. Scilicet ὑποθήκη vernacula ſignificatione rem notat, quæ alteri ſuppoſita & obnoxia eſt, ſeu mobilis, ſive res ſoli. Quia tamen res mobiles ſpecialiter pignoratæ, fere traduntur de manu in manum, ideo hypotheca earum rerum, proprio nomine pignus dicitur, a *pugno*, quemadmodum Græcis eadem cauſa ἐνέχυρον uſurpatur, quaſi manualis hypotheca, *l. 238. §. 1. de V. S.* Et tamen rurſus fieri poteſt, ut etiam pignus in illa ſignificatione ſtricta de rebus immobilibus prædicetur; ſi nempe traditæ fuerint non quidem de manu in manum, ſed ita ut poſſeſſio in creditorem transferatur, quo ſenſu Imperator in *hoc §. 7.* nam pignoris appellatione, ait, eam rem proprie contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, *maxime, ſi mobilis ſit*. Atqui res immobiles etiam tradi poſſe, ait, quemadmodum ſupra ad *§. 40. Inſt. de R. D.* intellectum eſt. Sed hic jam quæſito opus eſt, ſitne hypotheca, quæ ſine traditione per conventionem ſolam conſtituitur, verum jus in Re, ita ut hypothecaria uſquequaque non modo in Rem ſcripta, ſed etiam ſolida in Rem actio ſit. De pignore equidem ſtricte ſumpto, nihil ambigendum, quin Juris in Re nomen tueri queat, ſiquidem traditionis ea vis eſt, ut ſi talis ſit animus & conventio partium, facile rem ipſam afficere eique perpetuam qualitatem imprimere poſſit. Nam ſi dominia vi traditionis conſtituuntur, *l. 20. C. de Pact.* quidni & jus in Re, quod actionem in rem producat, inde naſci queat, accedente in primis auctoritate Prætoris? At ſola conventio non eſt habilis cauſa juris in Re, quemadmodum ex *l. 3. de O. & A. d. l. 20. C. de pact.* & ex ſubductione ſingularum juris in Re ſpecierum, facile colligitur, ut pluribus a nobis probatum *lib. 4. Digreſſ. c. 7.* At ſi Lex aut Edictum Prætoris, quod vim Legis habet, actionem in Rem ex aliqua conventione producat & ſtabiliat, tum hoc ipſo jus ex illa conventione natum, ſit Jus in Re, afficiens rem ubicunque ſit & reperiatur. Hoc Prætor effecit adverſus hypothecam. Huc enim pertinent verba Pauli in *l. 17. §. 2. de Pact. De pignore jure honorario naſcitur pacto actio:* Hoc eſt, pignus, quod pacto contrahitur, id eſt hypotheca, parit actionem jure Prætorio, quæ non eſt alia quam hypothecaria; quippe, cum pignoratitia ſit civilis actio, *§. ult. ſupr. de obligat. quæ re contrah.* Reprehenſio, quam Bachovius multa cum ingenuitate atque libertatis prætextu, contra Paulum ob allegata dicta inſtituit, *lib. 3. de pignor. c. 3. n. 1. ſub fin.* mihi & Paulo & Bachovio minus digna videtur. Quare autem Prætor pactum hypothecæ potius vi actionis, & quidem actionis in Rem, donare voluerit, non videtur eſſe ratio ea, quam reddit idem Bachovius, *eod. tract. lib. 1. c. 3.* quia pignus modici ſit præjudicii, licet Hunnio rationem illam improbanti inſultet; ſed frequens pignorum uſus ac utilitas, ut intelligimus ex *l. 14. §. 1. de conſtit. pec.* ubi; *cum utilitas pignorum irrepſerit;* quemadmodum & hæc ratio pactum conſtituti ad eandem dignationem perduxerat; juxta alteram, quam conſtitutum ſe ad alium contractum referret, quod pariter in pignore locum habet. In rem autem dedit ex hypotheca Prætor actionem potius, quam perſonalem, quia nullum uſum creditori præbere poterat, niſi rem pignori obligatam ubivis petere atque vindicare poſſet. Igitur quod ad hanc actionem attinet, pignus & hypotheca nihil differunt; nam alioqui pignus, inquam, eſt, quod traditur creditori, hypotheca, cujus poſſeſſio manet penes debitorem. *d. §. 7.* Bonæ fidei poſſeſſor præſcribit actioni hypothecariæ decem annis inter præſentes, 20. inter abſentes, *l. 1. & 2. C. ſi adverſ. cred. præſcr. opp.** Malæ fidei poſſeſſor 30. annis, ** *l. 3. l. 7. & pr. C. de præſcr. 30. annor.* Ipſe debitor, vel ejus heres annis 40. *** *d. l. 7. §. 1.* Plura dicentur in Pandectis.

* Jure Saxon. in locum præſcriptionis longi temporis, ſucceſſit præſcriptio 31. ann. 6. ſept. & 3. dierum, adeoque ea etiam ad actionem hypothecariam, contra b. f. poſſeſſorem inſtituendam, pertinebit. Schilt. *ad ff. Exerc. 33. §. 16.* Carpz. *p. 2. C. 1. def. 5. n. 4.*

** Is vero apud nos, ſi mala fides poſſit probari, exceptione præſcriptionis ſe plane nequit tueri, *P. 2. C. El. 3.* vid. *c. f. X. d. præſcript.* Carpzov. *P. 2. C. 3. d. 7.* conf. Gailii *L. 2. Obſ. 18. n. 7.* Petr. Muller. *Diſput. de mala fide ſupervenientε, Jen. 1686. hab.*

*** Atque hæc extraordinaria præſcriptio ne noſtro quidem Jure in præſcriptionem 31. ann. 6 ſept. & 3. dier. mutata eſt, vid. Zobel. *p. 2. diff. 1. n. 2.* Berl. *P. 2. Concl. 8. n. 18. ſeqv.* Carpzov. *P. 2. C. Fl. 3. def. 3. Id. L. 1. Reſp. 35. n. 12.* Unde Scabinos Lipſienſes an. 1668. Menſe Decembr. in Saxonia, ſecundum *l. 7.*

13. (h)

Digitized by Google

13. (h) Sequuntur actiones prætoriæ perſonales, quæ vel rei perſecutoriæ, vel pœnales ſunt, *§. 8. h.* Rei perſecutoriæ hic numerantur Actio conſtitutæ pecuniæ, de peculio, & in factum. CONSTITUTUM, unde prima actio, † eſt nudum pactum edicto prætoris approbatum, quo quis promittit, ſe quod ipſe vel alius debet, ſoluturum, *§. 9. h. l. 1. §. 1. de conſtit. pecun.* Quatenus pro nobis ipſis conſtituimus, ita adhuc eſt in uſu, idemque, ni fallor, eſt, quod vulgo vocatur *acte van aenneeminge*, maxime, ſi in judicio fiat: quo caſu habet executionem paratam; ſed conſtitutum pro aliis factum, non differt hodie a fidejuſſione, quia pactum & ſtipulatio, qua fidejuſſio differt a conſtituto, moribus hodiernis non diſtinguuntur, ut diximus alias. Imperator in hoc *§. 8.* præter actionem conſtitutæ pecuniæ, refert adhuc actionem Receptitiam, quæ ſimilis fuerit conſtituti. Qua in re tamen diſcrepaverit, opportune memorat Theophilus. Nam conſtituti *πλατύνεται μὲν τοῖς προσώποις, latior eſt, quod ad perſonas, στενῦται δὲ τοῖς πράγμασι, rebus autem arctius patet.* Receptitia actio contra *στενῦται μὲν τοῖς προσώποις, πλατύνεται δὲ τοῖς πράγμασι, quod ad perſonas, arctius patet; latius, quod ad res attinet.* Etenim receptitia de quibusvis rebus contra ſolos argentarios dabatur; Conſtituti actio, de ſolis rebus fungibilibus adverſus quoslibet. Hæc inſuper prætoria, & illa civilis; hæc pacto nudo, illa ſolennibus verbis conſtabat, Salmaſ. *de modo uſur. c. 16.* Vinn. *ad h. §. 8.* Juſtinianus deinde Receptitiæ vim omnem transtulit in Conſtituti actionem, atque ita priorem abolevit, quæ ut ſupervacua cum ſua auctoritate juſſa eſt a legibus recedere, ut loquitur in *d. §. 8.* Cæterum, quare pactum Conſtituti nudum a Prætore vi actionis ſit donatum, ad *§. præced.* dicere occupavimus, primo ob uſum illius pacti frequentem, quatenus omni die fit, ut debitores cunctantes novis pactionibus tum ſuis quam alienis, ad conſtituendum aliquid certi de ſolutione obſtringantur; dein, quia conſtitutum eſt confirmatio obligationis jam antea Jure civili contractæ; ut nulla Prætori cauſa fuerit hoc pactum velut temerarium deſtituendi. Cæterum, conſtitui poſſunt ea, quæ vere debentur, ac utiliter peti poſſunt: imo etiam quæ naturaliter tantum debentur, *l. 1. §. 6. & ſeqq. l. 3. §. 1. de conſt.* non tamen quæ civiliter tantum, quæque per exceptionem elidi poſſunt, *l. 7. §. 1. eod.* Conditionalia non aliter quam ſub pari conditione poſſunt conſtitui, *l. 19. pr. l. 3. §. 1. D. de conſtit. pecun. §. 9. h.* Reliqua *ad Pand.* Denique Actio de PECULIO, datur adverſus partes, vel dominos, ex contractibus ſervorum aut filiorumfamil. *§. 10. h.* de qua tit. ſequenti plenius.

14. (i) Actio in factum ex JUREJURANDO, datur ei, qui juravit ſibi deberi, adverſus debitorem, a quo jusjurandum fuerat delatum, aut relatum, nec enim contra tertium dari poteſt, *l. 7. §. 7. de Publ. act.* Delatum eſt id, quod defertur ab eo, qui de jure ſuo dubitat, idque conſcientiæ adverſarii committit. Refertur ab altero, qui nec ipſe ſat certus eſt, an ſibi debeatur, in hunc finem, ut alterius jurejurando res terminetur, & qui alterutro horum modorum juravit, is habet actionem in factum ex jurejurando, in qua non cogitur probare, quod ſibi debeatur, ſed tantum quod juraverit, *§. 11. h. t.* aut quod jurare parato jusjurandum ei fuit remiſſum, *l. 9. §. 1. h. t.* Non eſt inſtituti noſtri, de omni jurejurando heic loci agere; fiet hoc, quando in Pandectis idem caput occurret; ubi de triplici partitione jurisjurandi, in voluntarium, neceſſarium & judiciale. Sed ad hunc verſiculum tractari vult hæc quæſtio; cum actio ex jurejurando ſit Prætoria, quamobrem Civilis ex eo nulla ſit prodita: nihil enim toto jure de actione, quæ ex jurejurando detur, præter hanc ſpeciem, quæ litis decidendi gratia interponitur, ſcriptum eſt, alioqui promiſſionis juratæ non eſt major effectus quam pacti nudi, *l. 35. §. 1. de jurejur.* Quid retinuit Legumlatores, aut JCtos, cum ex ſolenni verborum conceptione, quæ ſtipulatio eſt, dederint actionem, quo minus e promiſſo, quod divini nominis invocatione ſancitum erat, actionis vim educerent? Tantumne juris nævum neceſſum erit agnoſcere, ut contemptu re-

§. 1. C. de præſcr. 30. vel 40. annor. reſpondiſſe, eorumque ſententiam anno 1672. inſtantia ſecunda confirmatam eſſe, monet Lyncker. *Diſp. de Fatalibus, th. 37.*

† conf. de uſu moderno hujus actionis Schilter. *Pr. Jur. Rom. Ex. 24. §. 75. ſq.*

(h) *Poſ. 28. & ſeqq.* (i) *Poſ. 31.*

ligionis id omiſſum, aut commiſſum fateamur? Non poteſt hoc cuiquam in mentem venire, cui mos populi Rom. in ſervanda fide jurata publice privatimque, ſit cognitus: potius in animum inducet, hanc ipſam religionem fuiſſe impedimento, ne promiſcua jurandi conſuetudine; quæ ſine dubio inoleviſſet, ſi juramenta pactis adjecta forent, idque cum effectu forenſi; res ſanctiſſima profanaretur: Nec obſcure colligi poteſt hæc ſollicitudo ex memorabili *l. 8. de cond. inſtit.* Quid igitur movit Prætorem, ut in hac ſpecie delati litis cauſa jurisjurandi, produceret actionem? Non tantum, quod durius viſum fuit, præſtationem jurisjurandi tam ſolenniter delatam negligi, ſed inprimis favor litium finiendarum, quem toto jure præcipuum eſſe apparet. Nam jusjurandum ſpeciem tranſactionis continere, habetur in *l. 2. de jurejur. l. 31. eod. tit.* juncta *l. ult. pro ſuo.* quæ res efficit, uti ne exceptione quidem perjurii vis hujus actionis elidatur, *d. l. 31. l. 1. C. de reb. cred.* eoque pertinet quod ex hoc *§. 11.* intelleximus, non quæri in hac actione debeaturne vel ſecus, ſed tantum & unice, an juratum ſit.

15. Hinc alia nobilis oritur quæſtio, ſitne jusjurandum ſpecies novationis, ita ut prior actio penitus tollatur, an tantum ſit adjectitia qualitas aliarum actionum, veluti eſt actio de peculio, de in rem verſo, exercitoria, inſtitoria, ſimilesque: Nec caret uſu hæc dubitatio; nam ſi nova ſit actio, ſtricti juris oportet eam eſſe, cum in *§. 28. h. t.* non recenſeatur; ideoque ſi contractus, de quo juratum eſt, fuerit bonæ fidei, maximum in forma petitionis judicationisque diſcrimen infertur, ut inferius ad *d. §. 28.* intelligimus. Non poſſumus aliter exiſtimare, quam actionem in factum ex jurejurando ita inſtitui, ut prior actio maneat, ejusque formula retineatur, addita mentione jurisjurandi, ut actor onere probandi ſublevetur. Docet hoc Ulpianus in *l. 13. §. 3. & §. 5. de jurejur. Si quis juraverit*, inquit, *vendidiſſe me ei rem centum, ex empto agere poterit, ut res tradatur, & de evictione caveatur, & cætera præſtentur:* idemque ex ſententia Marcelli in §. 5. repetit. Textus eſt alius ejusdem Ulpiani in *l. 7. §. 7. de Public. act.* in eandem omnino ſententiam. Cui accedit, quod hæc actio datur, etſi non ſit juratum, juramento duntaxat remiſſo, *l. 9. §. 1. de jurejur.* quod fieri non poſſet, ſi hæc actio plane nova, nec alio quam jurisjurandi fundamento ſubnixa eſſet. Denique, ſi vera vis novandi ineſſet juramento, fieri non poſſet, ut ei, qui ſe non debere juravit, exceptio daretur, ut fit *infra de except. §. 4.* Nihil enim eſt notius, quam novationem ipſo jure tollere obligationem, ut exceptioni nullo modo ſit locus, quemadmodum *ſupra tit. Quib. mod. toll. obl.* explicatum eſt. Quid ſi addamus & hoc: iniquum atque juris rationi adverſum eſſe, ut vel is, qui juravit deferente adverſario, conditionem ſuam faciat deteriorem, ſi pro bonæ fidei actione conſequatur juris ſtrictam; vel ut is, contra quem juratum eſt, cauſam habeat meliorem, quam erat habiturus, ſi alter intentionem ſuam ab initio plene probaſſet, quod tamen æque, mutatione bonæ fidei actionis in aliam, quæ juris eſt ſtricti, fieri poſſet. Jurisjurandi ſcopus eſt unicus, ut vice probationis fungatur, non ut magis minusve plenam reddat obligationem. Et hoc ſenſu capimus loca, quibus contrarium probat Vir ſummus D. Wiſſenbachius ad *ff. P. 1. diſp. 24. th. 40.* Utique enim hic *§. 11. l. 9. §. 1. & l. 11. §. 1. de Jurejur.* nihil aliud præ ſe ferunt manifeſto; non quæritur in hac actione, an debeatur, ſed tantum, an juratum ſit; hoc eſt, quæſtio principalis habetur pro certa atque probata, de qua nihil opus ſit diſceptari. Non negatur, agi ex illis cauſis, ſed quæri de illis & ambigi, hoc negant textus. Paulus in *l. 26. §. ult.* pluſculum movet ſcrupuli; *Jurisjurandi conditio*, inquit, *ex numero eſſe poteſt videri novandi delegandive.* Verbo *videri* fictionem notari, alias non ſoleo reſpondere; ſed hujusmodi ſuſpenſione verborum, *eſſe poteſt videri*, improprietatem deſignari, nemo facile recuſabit, ratione improprii ſenſus eadem, quam modo collocavimus. Forte an firmius ex *l. 30. pr. eod.* peti poteſt argumentum; *Eum qui juravit, ex ea actione, quæ inficiando creſcit, aliquid ſibi deberi, ſimpli, non dupli perſecutionem ſibi acquirere, Pedius ait.* & mox; *poteſt dici, hoc judicio non principalem cauſam, ſed jusjurandum actoris conſervari.* Ibi duplex eſt ratio. Prima, quod actionis, quæ jurata eſt, natura mutetur, ſiquidem non poteſt agi in duplum, ubi tamen actio principalis in duplum dabatur: At ſane nullam hic fieri novationem, ipſe locus docet, cum ſupereſſe adhuc in duplum actionem monet, ſi actor jurisjurandi beneficio ſuperſedere velit; at cum hujus præſidio levatus eſt onere probandi; tum dupli petitionem amittit; ſufficit enim, hoc

eum

Digitized by Google

eum effectu juramenti gaudere, quod nihil probare cogitur. Ultima autem verba ſic audienda ſunt; quamvis hic cauſa principalis vertatur, quia tamen de illa non quæritur, poteſt dici, non tam illam, quam juſjurandum conſervari; quia totum actoris fundamentum petitionis eſt in jurejurando.

16. (k) Actiones prætoriæ pœnales recenſentur in *§. 12.* tres. *Ex. gr.* Prima adverſus eum, qui corrupit album Prætoris, hoc eſt tabulam, in qua Prætor præſcribebat, quibus de rebus eſſet jus dicturus: Pœna albi corrupti erat quinquag. aureorum, *l. 7. de Juriſd. v. l. f. ff. d. pop. act.* Altera eſt actio in eum, qui parentem vel patronum ſine venia prætoris in jus vocavit; eſtque eadem pœna cum priori, qua de re *inferius.* Sed qui in jus vocatum vi exemit, quod eſt *tertium Exemplum*, tenetur, quanti ea res ab actore fuerit æſtimata, *l. 1. l. pen. & t. tit. Ne quis eum, qui in jus vocat.* Dari adhuc alias & quidem innumerabiles, affirmat Imperator, proinde nec nos eas enumerare aggredienur. Habuimus de dejectis & effuſis, de poſitis & ſuſpenſis, item actionem injuriarum, de vi bonorum raptorum, denique adverſus calumniatores in quadruplum, *§. 25. infra h. t.*

17. (l) Sequuntur PRÆJUDICIA, quæ ſunt actiones, quibus de ſtatu hominum diſceptatur, easque in rem eſſe videri, affirmat Juſtinianus *in §. 13. h.* certe enim in perſonam eſſe non poſſunt, quia neque ex obligatione naſcuntur, neque contenditur in iis, ut aliquid detur aut fiat; verendum autem eſt, ne nihilo magis in Rem eſſe queant; ſiquidem nulla petitur hic reſtitutio. Et quidem proprie certum eſt, neutrius eſſe generis has actiones: quippe, quæ nihil aliud quam τύποι formulæ ſola intentione conſtantes fuerint, ut Theoph. obſervat: οὐδὲ γὰρ ἔχει καταδίκην ἐν ἑαυτῇ, *non habet in ſe condemnationem*, ſcil. ut reus aliquid det aut reſtituat; Nam alioqui ſententiam habent ſine dubio præjudicia. Comparatione tamen habita, propius ad in Rem actiones quam in perſonam accedunt; quia ſane quicunque his experitur actionibus, petit aliquid ſuum, ſervus libertatem ſibi adſerit, ut ſuus dicatur, juxta verſic. *poſtquam vindicta meus a Prætore receſſi;* dominus petit Servum in ſervitutem, patronus vindicat jus patronatus, libertus ingenuitatem, Pater filium, hic vero jus filii ſe habere contendit, eoque cum effectu potiri cupit. Ex his jam exemplis, quot dentur præjudicia, colligi poteſt, tria omnino, quæ recenſet Imperator in *§. 13.* Prima, an aliquis ſit liber aut ſervus, quod judicium cauſa liberalis dicitur, *tit. D. & C. de liber. cauſ.* Altera ſpecies eſt, qua quæritur, an aliquis ſit libertus an ingenuus, *l. ult. D. Si libert. ingen. eſſe dic.* Tertia ſpecies a Cæſare vocatur, de partu agnoſcendo, cui locus eſt, cum maritus, ſoluto, aut etiam conſtante matrimonio, partum ab uxore editum ſuum eſſe negat, *l. 3. §. 1. de agnoſ. & al. liber.* Plures in Jure ſpecies non dantur; nam quæſtio, an uxor ſit, eſt incidens in actione de partu agnoſcendo; Non eſt meus filius, quia mater non fuit uxor mea; Lex 30. *de reb. auct. jud. poſſid.* vitioſa eſt, legendum *; per judicem.* non *præjudicio.* Cujac. *ad h. §. 13.* Duas ex hiſce cauſis eſſe Prætorias, unam vero civilem, per quam quæritur, an aliquis liber ſit, affirmat Imperator, eo quod de libertate judicium in XII. tabulas erat redactum, *l. 2. §. 24. de O. J.* de ingenuitate filiorumque ſtatu, Prætor deinceps quæſtiones introduxit. Sed notabilis ſupereſt difficultas de nominis ratione, cur hæ actiones præjudicia ſint appellatæ. Præjudicium varie dicitur; primo & proprie valet idem, quod prius judicium, quo pertinet regula; quoties duæ concurrunt actiones vel judicia, de majore, aut de eo, ſine quo alterum peragi nequit, prius experiendum eſſe, *l. 4. de in integr. reſtit. l. 7. §. 1. de injur. l. 54. de Judic.* hinc actio de proprietate prius abſolvenda, quam de ſervitute, *l. 16. de Except. præſcript. & præjudiciis.* In qua Rubrica præjudicia ſignificant exceptiones, quibus actio præcluditur, eo quod præpoſtere & præmature moveatur. Hinc fluit altera ſignificatio, cum præjudicia notant interlocutiones, hoc eſt, pronunciationes judicis, quæ ſententiam præcedunt definitivam *l. 2. l. 26. & l. 40. C. Theod. de appell.* in jure Juſtiniani ſic non uſurpatur. Tertio, præjudicium ſignificat rem, quæ cum ſtatuta fuerit, judicaturis adfert exemplum, quod ſequantur, ut loquitur Aſcon. *in divinat.* Sic nota Cenſoria propter ſtuprum, eſt præjudicium in accuſatione ex Lege Julia, & remedia, quibus infringitur hereditatis petitio, dicuntur in ejus præjudicium inſtitui, *l. 5. de hered. petit. l. ult. in pr. C. eod. tit.* Unde quarto, præjudicium frequenter pro omni eo, quod nobis detrimentum inferre pot-

(k) *Poſ. 33.* (l) *Poſ. 34. 35. 36.*

eſt, accipitur. Ex prima ſignificatione oritur tertia, qua præjudicium per excellentiam vocatur judicium ſtatus. Per illud enim inſigniter aliis cauſis inde oriundis atque pendentibus præjudicatur. *Ex. gr.* petit aliquis hereditatem defuncti tanquam Patris ſui; Opponitur, Tu non es filius defuncti; heic oritur quæſtio præjudicialis, ſitne filius vel non, cujus terminatio præjudicat alteri de hereditate quæſtioni; nam ſi conſtet, eum eſſe filium, aut non eſſe, ſequitur ultro, quod ſit heres, aut non ſit heres. Neque tamen ſemper incidunt ita præjudiciales quæſtiones; ſæpe etiam dantur, licet alia, cui præjudicatur, necdum mota vel inchoata fuerit, uti cum ſervus in libertatem proclamat: ſunt tamen in conſpectu res aliæ, quas hoc Judicio ſtatus actor adipiſci conatur, veluti ſervus cuncta libertatis jura ſibi proponit; libertinus a donis, operis, muneribus liberari cupit; qui filius eſſe negatur, omnia jura liberorum vult adipiſci; ſimiliter domino, patrono, Patri ſua ſunt jura, quæ ipſemet affectat, ſingulique per victoriam ita juribus illis potiuntur, ut adverſus omnes, etiam quibuscum non litigaverunt, illa exercere queant, *l. antepen. D. d. ſtatu homin.* Explicat hæc copioſe Donellus ad *h. tit.* & *ſ. num.* 7. & *ſeqq.*

18. (m) Poſtquam ita Imperator actiones in rem & in perſonam propoſuit, haud inconcinne in *ſ.* 4. traditur proprietas Actionis in perſonam, quæ eſt, ut Actor ſibi dari oportere contendat; dare autem eſt dominium transferre, *l.* 75. *ſ. ult. de V. O.* contra in Actionibus in rem nemo ſic agere poteſt, cum ibi Actor dicat, ſe eſſe dominum; hinc regula eſt, quod Dominus rem ſuam non condicat, id eſt, perſonaliter petat, excepto rei furtivæ exemplo; nam fur etiam condictione, hoc eſt, perſonali actione tenetur; odio furum, ut pluribus actionibus tenerentur, *l. ult. in fin. Uſufruct. quemadm. cav.* Dare, inquam, eſt dominium transferre, niſi ex eo, cui additur dandi verbum, ſignificatio mutetur, ut cum pignus datum dicimus, *l. 1. C. de non num. pecun.* res quoque depoſitæ & commodatæ omni die dicuntur *dari*, neque tamen dominium earum transferri, notiſſimum eſt. Quid vero, an diſcrimen, quod tribuit hic Cæſar actionibus in rem, ad omnes pertinet? verba ejus ſunt, *non poſſe actorem ſuam rem ita ab aliquo petere. Si paret, eum dare oportere.* videtur hoc ad ſolam rei vindicationem pertinere; quod eſt equidem ita, quatenus reliquis in rem actionibus termini habiles hujus differentiæ minus conveniant; eſſe tamen & in reliquis verum, non agi in illis ad dandum, hoc eſt, ad dominium transferendum, veluti ex inductione ſingularum ſpecierum, quas pridem recenſuimus, facile apparebit; de iis, quæ vere ſunt in rem, loquimur, non de his, quæ in rem ſcriptæ ſint duntaxat. Nam ſane in Reſciſſoriis vi ipſa agitur ad dominium transferendum, ſi quidem res vere ſunt uſucaptæ, quæ ibi petuntur, neque proinde ad actorem, niſi dominio translato, redire poſſunt, ut ſcire licet ex iis, quæ ad *ſ. 5. h. t.* dicta fuere, tamen non fuit in iis uſitata hæc formula, *Si paret, eos dare oportere.* quam Cæſar hoc loco actionibus in perſonam adſcribit, adeoque de omnibus, quas in numero actionum in Rem habuit, negat; verum in Reſciſſoria, quemadmodum & in Pauliana, primo petit Actor, ut dominii translatio reſcindatur, ſimulque facta reſciſſione rem ſibi reſtitui, quale compendium & applicatio actionis in Rem, ubi dominium vere translatum eſt, memoratur & in actione quod metus cauſa, *l. 9. ſ. 4. Quod met. cauſ.*

Sed quid tandem; an actorem ita fari mos erat in actionibus in perſonam, *ſi paret, eum dare oportere?* Ea quidem agenti verba convenire nequeunt; ſed hæc verba fuere formulæ, quam Prætor Judici pedaneo, poſtquam actio apud ipſum edita erat, præſcribebat. Si ad rem vindicandam eſſet, formula erat hujusmodi; *ſi paret, fundum Tuſculanum Marci Tullii eſſe.* de qua Cicer. *in orat. pro Muren.* In perſonam, *Si paret, Titium dare facere oportere.* ut paſſim Cicero *in Verrin. pro Roſc.* & alibi commemorat. Cur igitur Cæſar actori hæc verba tribuit? Deſignat illis genus actionis, perinde ac ſi diceret, non poſſe actorem ſuam rem petere ab aliquo per condictionem; mos enim hic fuit veterum, nomina actionum petere de primis verbis Edictorum, aut interdictorum formularumve, quæ publice de ſingulis actionum generibus extabant. Sic actio Quod metus cauſa, dicitur ita, quoniam prima Edicti verba ſic erant concepta: Quod metus cauſa geſtum erit, *l. 1. Quod met. c.* Hinc actio, Si certum petetur. Interdictum Quorum bonorum. Quod Legatorum. Unde Vi. Uti poſſidetis. & ſimilia nomina; quæ ineptiæ excuſari non

(m) *Poſ. 7. 9.*

Digitized by Google

poſſunt, niſi ex hac conſuetudine rationem petas. Proinde actio in perſonam, quæ generaliter condictio vocatur, primis verbis formulæ, qua prætor officium judicis in ea cauſa complectebatur, intelligenda eſt; quo ſenſu liquet, nihil a Juſtiniano inſoliti his verbis eſſe commiſſum; Modo tam valide exceptionem Cæſaris ab iſta regula defendere poſſimus, qua dixit, fures odio ſui meruiſſe, uti contra juris rationem naturamque negotii teneantur, *ſi pareat, eos dare oportere.* licet idem, qui ſic adverſus eos agere poteſt, rem eandem vindicare poſſit, *in fin. d. §.* 14. Etenim, cum rem furto nobis ablatam non abire e noſtro dominio, fureſque nihil quam naturalem injuſtamque poſſeſſionem acquirere, certum ſit; rurſus, cum agere ad dandum, ſit petere translationem dominii, contradictio videtur implicita affirmationi; quod rem furtivam *dari* nobis petere poſſimus: Nec juvat ratio Cæſaris, id eſſe factum odio furum, quo pluribus actionibus teneantur; Res enim, quæ *τὸ ἀδύνατον* implicat, odio furum non poteſt recipere facultatem. Imo ſi rem, ſepoſitis verborum involucris, inſpicimus, non eſt ita, quod in condictione furtiva agamus ad dandum, de ipſa re furtiva, quæ manſit in dominio noſtro; Nam hanc actionem ita conſtat eſſe comparatam, ut non modo res ipſa, ſed & pretium rei deperditæ vel deterioris factæ petatur; Jam qui pretium rei ſuæ petit, is revera agit ad dandum, in rem hactenus agere non poteſt, *l. 23. de reb. cred.* Quatenus igitur condictio furtiva rem ipſam ſpectat, ita non eſt ad dandum, ſed ad reſtituendum; quatenus ad pretium agitur, ſic eſt ad dandum quidem, ſed non de re noſtra, neque de tali, quæ vindicari poſſit. Ideoque nulla in rebus ipſis hic eſt contrarietas aut impoſſibilitas. Qua in re igitur conſiſtit exceptio, ſi quidem ſub hac forma exemplum memoratur? Quia quod officium eſt alioquin Rei vindicationis, hoc etiam condictio præſtat, uti res ipſa, quæ adhuc vere noſtra eſt, a furibus repetatur, cui tum accedunt utilitates aliæ, quibus pollet condictio præ vindicatione, propter quas, & quidem odio furum, dominis ſuppeditata eſt. Primo, quia venit in hanc actionem æſtimatio omnis detrimenti, quod res paſſa eſt, & quod occaſione ejus paſſi ſumus, *l. 3. & d. l. 13. de condict. furt.* dein quia datur in heredem tantum, cum rei vindicatio adverſus poſſeſſorem detur, *l. 9. de condict. furtiv.* quemadmodum id latius ad *tit. D. de condict. furtiv.* exponitur. Cæterum, aliquoties jam intellectum eſt, actiones perſonales vocari in jure condictiones; a condicendo, hoc eſt denunciando, quod olim in perſonalibus fiebat, *§. 15. h. t.* tametſi ſtrictius hoc nomen de certis tantum in perſonam Actionibus ſumatur, quæ nempe alio nomine carent, ut eſt condictio certi, condictio indebiti, condictio ſine cauſa, condictio ex Lege. &c. de quibus *in fine Lib. 12. & 13. Pand.* Sic quoque in rem actiones generaliter vindicationes dicuntur; etiam incorporalium rerum, ut in *Rubr. D. Si ſervit. vindic.* Nam vindicare eſt, rem ſuam eſſe dicere, Gell. *l. 20. c. 9.* ſtricte autem Actio de re ſingulari jure dominii petenda, dicitur Vindicatio, *§. 15. h.* Accidit hisce terminis videlicet, quod plerisqe aliis; ut primæva ſignificatio ſubigatur ad uſum peculiarem: at hic tamen utraque, generalis & propria ſignificatio, in viridi obſervantia manſere. Notare etiam hoc licet, quanquam res, & cauſa, propter quam nomina rebus induntur, ſæpe mutentur, nomina tamen eadem plerumque retineri. Sic veteres illæ denunciationes paulo ante Juſtiniani tempora ſunt abolitæ, *l. Si quis delicti. 6. C. Theod. de denunciat. vel edit. reſcript.* dicuntur tamen hodieque condictiones. Atqui mos denunciandi etiam in vindicationibus erat uſitatus, ut ex Aſconio in *3. Verrin.* & aliunde conſtat, vid. Cujac. *lib. 16. obſerv. cap. 4.* Cur igitur hoc nomen ſolis perſonalibus hæſit? quoniam actionibus in Rem, præter denunciationem, peculiaris erat manus conſertio, & vindicatio atque prehenſio rei, de qua Gell. *d. cap. 9.* hinc nomen ei datum ab ritu proprio; ſed perſonales ab eo, quod commune fuit, nomen adeptæ videntur, nihilo ſecus atque videmus, eos contractus, qui præter conſenſum requirunt aut rei traditionem, aut literas, aut verborum conceptionem, inde nominari: qui vero nihil quam conſenſum, qui communis eſt, habent, hi ſimpliciter conſenſuales appellantur.

SECUNDA ACTIONUM DIVISIO SUMMA.

19. (n) Poſt diviſionem actionum, qua dictæ ſunt in rem eſſe & in Perſonam, ſequitur alia nobilis partitio, quæque pertinet inprimis ad vim effectumque cujuslibet actionis exprimendum. Eſt autem hæc diviſio, quod ſint Rei perſecutoriæ, vel pœnales, vel mixtæ, *§. 16. h. tit.*

(n) *Poſ. 37. & ſeqq.*

Rei

Rei perſecutoriæ ſunt, quibus perſequimur id, quod patrimonio noſtro abeſt, ſive noſtrum adhuc ſit, ſeu debeatur nobis, ſeu res ipſa ſit, ſive circa rem & æſtimationem ejus, aut id quod intereſt noſtra, *l. 35. d. O. & A.* Stricte alioqui, id quod intereſt, nihil aliud eſt, quam ratio damni illati & lucri ceſſantis, *d. l. 35.* deque eo ſunt hæ regulæ: I. In caſibus certis, ubi de ſpeciebus vel quantitatibus definitis agitur, non poteſt excedere duplum, *l. un. C. de ſent. quæ pro eo, quod inter.* II. Lucrum oportet circa rem ipſam conſiſtat, in eaque ſit radicatum, ut DD. loquuntur, non foris adveniens aut fortuitum, *l. 21. §. 3. de action. empt.* detrimenta tamen omnia præſtantur, ſi dolus intervenerit; aliter quanti minoris, *l. 13. pr. d. t. de act. empt. l. 19. §. 1. locati.* III. Lucri & damni ratio ex judicio communi, non affectione peculiari initur; nam hæc in phantaſia hominum conſiſtit, cujus æſtimatio nulla eſt, *l. 33. de L. Aquil.* De quibus regulis alibi forte conſideratius.

20. Sunt autem rei perſecutoriæ omnes in Rem actiones, omneſque ex contractu, excepta actione depoſiti miſerabilis, quæ contra inficiantem & ex dolo in duplum datur, *§. 17. h. §. ult. ſup. de Quaſi-contract.* Sunt, qui actiones Rei perſecutorias dividunt, quod ſint vel utrimque tales, vel ab una parte, ſcil. actoris rei perſecutoriæ, a parte Rei pœnales; ſed hæc diſtinctio non videtur habere juris rationem. Nam qualitas rei perſecutoriarum, duntaxat reſpectu actoris intelligitur; utrum Reus damnum patiatur, an id quod accepit tantum reſtituat, nihil refert, ut exemplis e medio contractuum numero, facile demonſtrari poteſt. In commodato, pignore, depoſito, qui dolo vel culpa res fecit deteriores, tenetur, ſine diſcrimine lucrum inde perceperit, an ſecus; nec ideo deſinit actio eſſe rei perſecutoria, quod dolum luere debeat is, qui nihil inde percepit. Sic etiam dantur actiones aliquæ rei perſecutoriæ ex delictis, quas a parte reorum pœnales eſſe volunt, nulla meliori ratione, quam ſi tu de commodati atque depoſiti actionibus idem affirmes; tametſi non negemus, cum reus id quod intereſt ſolvit, ubi nihil ad eum pervenit, ut ſæpe fit; hanc ſuo modo pœnam vocari poſſe, *arg. l. 1. §. 4.* junct. *l. 3. in pr. De eo, per quem fact. er.* Habent rationem adhuc aliam, quia non dantur actiones iſtæ adverſus heredem, cum actiones rei perſecutorias in heredes dari, neceſſum eſſe videatur. Sed nec hanc rationem habere conſequentiam, probabimus ad *tit. de perpet. & tempor. act.* Simpliciter igitur Rei perſecutoriæ ſunt actiones, quibus, ut dictum, perſequimur id, quod noſtro patrimonio abeſt. Id Donellus & ex eo Vinnius ad hunc *§. num. 5.* quadruplex ait eſſe: I. Quod eſt in Patrimonio noſtro, ſed ab alio tenetur. II. Quod in patrimonio eſſe deſiit, ſed ex obligatione nobis reſtituendum eſt. III. Quod nobis debetur ex contractu. IV. Quod continet æſtimationem ejus, quod nobis abeſt. Apparet, hæc verba, *quod Patrimonio noſtro abeſt*, in *d. l. 35. de O. & A.* improprie ſumi, ut patrimonium ſignificet poteſtatem rei noſtræ non impeditam. Etenim quicquid per actionem peti poteſt, id recte adhuc in patrimonio eſſe dicitur, ut ad *tit. de R. D. n. 2.* diſſeruimus. Donellus patrimonium pro dominio ſumpſit, æque improprie. Sic potius dicemus; A patrimonio ſive a bonis noſtris abeſt, quod quidem jure in bonis computatur, ſed facto atque ſitu ab illo ſeparatum eſt; Talia ſunt vel noſtra, quæ in dominio ſunt, vel nobis debita. Debentur autem vel res certæ, vel incertæ. Certæ, veluti corpora, ſummæve certæ pecuniæ. Incertæ, ut æſtimatio, aut id quod intereſt, de quo dictum modo, & ad *tit. de L. Aquil. num. 5.*

21. (o) Actiones pœnales ſunt, quibus perſequimur pœnam legibus conſtitutam; Etenim quæ dantur ad pœnam conventionalem, qualis eſt *ſupra §. ult. de V. O.* potius rei perſecutoriæ ſunt, quia pœna conventione expreſſa, loco ejus quod intereſt, ſuccedit; propterea enim adhibetur, ut incertitudo ejus quod intereſt, ad præſtationem ſummamque certam redigatur. Nam pœnale judicium id demum vere dicitur, quod coërcendi puniendique alicujus cauſa infligitur, & quidem conſtitutione certa; Nam & id quod intereſt, aliquando ſimilitudinem pœnæ habere poteſt, nec tamen eſt pœna; Traditum enim id ita eſt, quod in caſibus certis ad duplum adſcendere poſſit, *d. l. un. C. de ſent. pro eo quod inter.* imo aliquando in infinitum produci poteſt, haud tamen ſine taxatione judicis, quemadmodum fit in jurejurando, quod in litem præſtari dicitur, *l. 4. §. 2. de jurejur. in lit.* quamquam vero id ad coërcitionem doli inſtitutum eſt, *l. 2. §. 1. cod.* tamen non eſt pœnale judicium, ubi in litem juratur, ſed rei perſecutorium, quia Lex nullam hoc

(o) *Poſ. 44. 45.*

caſu

Digitized by Google

caſu pœnam infligit, *l. 5. in pr. cod. tit.* ſed vere & mere pœnales, vi legis, ſunt actiones *furti*, injuriarum, de calumniatoribus, de poſitis & ſuſpenſis &c. *§. 18. h. d. l. 35. de O. & A.* Denique mixtæ actiones ſunt, quibus partim perſequimur pœnam legibus conſtitutam, partim id quod intereſt, ut eſt Actio de vi bonorum Raptorum, legis Aquiliæ, ſervi corrupti, Legati piis locis relicti, depoſiti miſerabilis &c. *in h. §. 19.*

DE ACTIONIBUS MIXTIS.

22. (p) Eſt & aliud genus mixtarum Actionum, quæ partim in rem, partim in perſonam ſint, ſcil. Judicia diviſoria, veluti familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, denique hereditatis petitio, *§. 20.* Sed hæc mixtura non eſt ejusmodi, per quam Actio revera fiat in rem, ita ut partim ex jure in re, partim ex obligatione oriatur, ſed quia Judiciis illis non modo de rebus iſtis agitur, verum & de præſtationibus perſonalibus, veluti de Impenſis, damnis, fructibus, ab uno magis quam ab altero factis, datis, perceptis; adeoque mixtura illa non ſpectat originem cauſamque, ſed ſubjectam judicii materiam, *d. §. 20. l. 25. §. 18. D. de Hereditatis petit. l. 16. §. 4.* cum *ſeqq. & l. 6. D. famil. erciſc.* & hoc ſenſu capienda *l. 7. C. de hered. petit.* junct. *l. 22. §. 4. de famil. erciſc.* nec aliter explic. *hic §. 20.* Eſt hæc in ſcholis Juridicis multum agitata quæſtio, denturne actiones mixtæ. Nos ita reſpondemus, non eſſe dubitandum, quin dentur; non modo ex rei perſecutione atque pœna, ſed etiam reales ſimul atque perſonales; Quippe Juſtiniano diſerte ita loquenti fidem quis habere recuſet? Enimvero verbum *videtur*, quod eſt *d. §. 20.* cavillari, nimis ſubtile eſt; Nam etſi hoc verbum aliquando fictionem aut improprietatem ſignificat, ut in *l. 3. §. ult. Ex quib. cauſ. in poſſ.* ſæpiſſime tamen ita veteres loquuntur, ubi fortiſſime aliquid affirmant, *§. 17. h. t. l. 33. de Jurejur.* quando & judices in ipſa ſententia pronunciabant, ſibi *videri*, *l. 27. §. 1. de liber. cauſ. l. 21. §. 1. de Recept. act.* unde frequenter illud *jure cæſum* videri, Tacit. 14. *annal. c. 43. in fin.* Val. Max. *l. 6. c. 2.* Operæ pretium eſt, in ſingulis actionibus, quæ mixtæ dicuntur, videre & examinare naturam illius mixturæ: Et quidem familiæ erciſcundæ actio, quo ſenſu mixta dicatur, docet Ulpianus in *l. 22. §. 4. Famil. erciſc.* ubi, *Familiæ erciſcundæ judicium*, inquit, *ex duobus conſtat, id eſt rebus atque præſtationibus, quæ ſunt perſonales actiones.* Eodem modo *de communi dividundo, l. 4. §. 3. Sicut autem*, inquit ibi Ulpianus idem, *ipſius rei diviſio venit in communi dividundo judicio, ita etiam præſtationes veniunt.* Rurſus idem de hereditatis petitione in *l. 25. §. 18. de her. pet.* ubi: *Petitio hereditatis, etſi in rem actio ſit, habet tamen præſtationes quaſdam perſonales.* Plane eodem ſenſu utroque loco præſtationes perſonales uſurpari, Græci quoque Interpretes docent, in ſcholiis ad *lib. 12.* Βασιλικῶν, *tit. 2. in princ.* Realitas, quæ reperitur in illis, non ſpectat rei vindicationem, ut ad participationem naturæ actionis in rem deberet, *§. 15. Inſt. de act.* ſed diviſionem rerum, *l. 1. l. 2. Famil. erciſc.* quæ eſt ex quaſi-contractu. Ideoque palam eſt, mixtas dici actiones illas in rem & in perſonam, non ratione cauſæ efficientis & originis, quaſi ex jure in re & ad rem eſſent, ſed reſpectu objecti, ſive ſubjectæ materiæ, ut jam dicere occupavimus; quia dantur & de rebus ipſis, & de præſtationibus circa res, quæ non veniunt immediate ex rebus, ſed ex facto aliquo perſonali. Perinde hereditatis petitio mixta perſonalis eſt, quoniam heres non tantum petit ipſas res hereditarias a defuncto relictas, ſed etiam omne augmentum, quod ad hereditatem per facta hominum, id eſt, poſſeſſorum acceſſit; quæ præſtationes eleganter perſonales dicuntur. Sed non efficiunt obligationem, multo minus inde oriuntur. Augmenta illa hereditatis per ejusmodi facta perſonalia, fiunt pars hereditatis; atque ita juri hereditario ſubjiciuntur, nec perinde impediunt, quo minus judicium petitionis eorum reſpectu ex jure in re naſci dicatur, nec, inquam, ſimplicitati & uniformitati hujus actionis officiunt. Fidem faciunt exempla præſtationum, quæ ab Ulpiano in *d. l. 25. §. 18.* in hereditatis petitionem venire memorantur, pretia rerum venditarum, & pecuniæ a debitoribus hereditariis exactæ. Nam hæ res per ſe veniunt in hereditatis petitionem, *l. 16. §. 1. de hered. pet.* minime tanquam ex obligatione, ſed quoniam hereditatis hæc eſt natura, ut omnia, quæ ex ea quovis modo provenerunt, complectatur; pretiaque loco rerum, & pecuniæ ex rebus redactæ loco ipſorum corporum ſuccedant, *l. 70. §. ult.* cum *ll. ſeqq. de Leg. 2.* Imo & ipſa debita hereditaria, quanquam ex obligatione proficiſcantur, qua-

(p) *Poſ. 46. & 47.*

quatenus tamen hereditatis petitioni ſubjecta ſunt, ex jure in re petuntur, *l. 13. §. ult. eod.* Debitor enim tunc non conſideratur ut ex contractu vel delicto obſtrictus defuncto, & conſequenter heredi, ſed tanquam juris poſſeſſor, ut ibidem eleganter Ulpianus, & quatenus ſe heredem eſſe contendit, *l. 42. D. hered. pet.* quod jus facit partem hereditatis & ſub jure hereditario comprehenditur. Hereditas, inquam, eſt univerſitas, omnia complectens, quæ in bonis & ex bonis defuncti fuere, jus tamen unum usquequaque, pariens actionem adverſus quemlibet poſſeſſorem, ſemper retinens naturæ ſuæ univerſalitatem, licet poſſeſſor unam modo rem teneat, *l. 1. §. 1. ff. Si pars hered. pet.* Nec, quod repeto, deſinit hoc eſſe, quando vel ad pretia ex rebus hereditariis redacta, vel ad res a defuncto bona fide poſſeſſas, eique commodatas, locatas, pignoratas datus: ſiquidem & ipſa debita ex obligatione, juris hereditarii pars ſunt. Cum petuntur res commodatæ &c. non intuemur naturam commodati, pignoris, locationis; cum res debita petitur, non ſpectamus vinculum perſonale, quo debitor eſt obſtrictus, ſed hi omnes ut poſſeſſores hereditatis conſiderantur. Ideoque utrum ex delicto, an ex contractu debitor ſit is, qui convenitur, nihil refert; quia non reſpicitur ad originem obligationis, ſed ad poſſeſſionem juris; quæ omnia clare & ſolide tradit Ulpianus in *d. l. 13. §. ult. & l. 14. de hered. pet.* Sic enim: Item *a debitore hereditario quaſi a juris poſſeſſoribus, poſſe hereditatem peti conſtat; ſed utrum ex contractu debitor ſit, nihil refert.* Non conſideratur cauſa ſingularum præſtationum; hæc ſingularibus judiciis urgetur. Non petuntur debita hereditaria ex obligatione in hoc judicio; ſic alia prorſus actione opus eſt; obligatio nunquam parit actionem adverſus reum, quatenus eſt poſſeſſor, ut notiſſimi juris; heic debitor, ut poſſeſſor tenetur; Ergo ex obligatione non convenitur. Actor in hoc judicio non ait, ſe petere debitum vi contractus aut delicti, verum ſimpliciter hereditatem petit; & quia debitor, id quod debet, tanquam heres aut pro poſſeſſore ſe retinere affirmat, ideo per univerſale judicium convenitur. Enimvero ſi tantum ſe debere neget, aut nihil aliud proferat, quam actorem non eſſe heredem, nec ipſe titulo univerſali ſe jactet, tum hæc actio minime datur, *l. 42. d. tit. de hered. petit.* Ulpianus igitur cum in *d. l. 25. §. 18.* ſcribit, *petitio hereditatis etſi in rem actio ſit, habet tamen præſtationes quasdam perſonales*, ita exaudiendus eſt; *Hereditatis petitio eſt in rem actio*, hæc theſis eſt pura & abſoluta: per ſequentia removet objectionem; *nec obſtat*, ait, *quod perſonalia quædam præſtationum contineat*, iſta enim perſonalia non ſunt ejusmodi, ut obligationem arguant, ſed rebus immediate hereditariis opponuntur, & faciunt quidem mixturam ex realitate & perſonalitate, ſed quæ prorſus a commixtione *juris in re* & obligationis, aliena ſit. Eodem modo reſolvendam & explicandam putavi ſemper *l. 1. ff. Fin. Regund. Finium regundorum actio in perſonam eſt, licet pro rei vindicatione eſt;* ex qua non minus efficaciter, & quidem ſpecioſius, quam ex priore loco, mixturam juris in re & obligationis alii probatum eunt. Paulum ita velle exiſtimo: Principio ut ponat theſin, qua finium regundorum actionem ſimpliciter *in perſonam* eſſe affirmat; tum occupet objectionem; atqui etiam *pro rei vindicatione* eſt, ac ita in rem; ſed non obſtat hoc, ait, *Licet* enim valeat ut rei vindicatio, id eſt, effectum vindicationis habeat ſimilem, imo prorſus eundem, tamen forma actionis hic non eſt, *ajo fundum eſſe meum*, ut in actione in rem, ſed, *peto fines regi*, quibus tamen ita, ut ego intendo, declaratis, ſequitur, ut ea pars agri, quam vicinus mihi finibus motis ſubduxerat, mihi reſtituatur; nihilo ſecus quam ſi fundum vindicaſſem. Unde patet, actionem in perſonam eſſe pro vindicatione, & effectum præſtare actionis in rem, non tamen eſſe actionem in rem, ne ex parte quidem, ſed forma & genere diverſam. Una ſupereſt ratio, qua mixtam illi hereditatis petitionem eſſe contendunt, quod bonæ fidei judiciis accenſeatur, *l. ult. in fin. C. de hered. pet. quæ qualitas propria ſit actionum in perſonam.* Reſponſio in promptu eſt; ideo quod pleræque bonæ fidei actiones ſint in perſonam, JCti petitionem hereditatis inter eas collocare dubitarunt, *d. l. ſ. §. 28. Inſt. de action.* idque propter perſonales præſtationes. Si enim ſtricti juris habita fuiſſet actio, non potuiſſet in ea fieri extenſio ad res non hereditarias, quæ defuncti nunquam fuerant. Ideoque ad varietatem præſtationum illarum huic judicio inferendam, laxitas actionum bonæ fidei debuit huc applicari; ſed cum hæ præſtationes nihil cum obligatione habeant commune, ut probatum dedimus; nec inde perſonalita-

Digitized by Google

litatem hujus actionis quaſi ex principio obligationis poſſe colligi, manifeſtum eſt. Verum ſunt adhuc, qui mixturam exinde probant, quod in judiciis mixtis fiant adjudicationes; unde in actionibus diviſoriis *ſtatim res ejus fieri dicuntur*, cui ſunt adjudicatæ, *in §. ult. Inſt. de off. Jud.* Nam ſi in actione communi dividundo, cæteriſque ad hoc agatur, ut res actoris fiat, rationem putant eſſe luculentam probandi, quod actio communi dividundo ex jure in Re naſcatur; ſed eſt πρῶτον ψεῦδος, hanc eſſe rationem mixturæ; res actoris fieri dicuntur in *d. §. ult.* ex adjudicationibus, quæ in illis fiunt ex officio judicis, non pro jure & intentione actoris. Si actio communi dividundo, vel familiæ erciſc. ex jure in Re naſcatur, debuit hoc jus in Re competere alicui partium: Atqui adjudicatio, quæ rem facit alterutrius, eſt ex mero judicis officio, at in verſiculis præcedentibus *ejuſdem tituli* docuit Juſtinianus. Quod ſi maxime id eſſet ex jure partium, quod res ipſis acquiritur, quis inde probet hoc eſſe jus in Re, cujus vi res noſtra fit per ſententiam? Aliter inculcat Juſtinianus in *§. 14. Inſt. de Action.* ubi id proprium eſſet tradit actionibus in perſonam, quod res actori detur, *ita ut ejus fiat*, adeoque juri ad Rem potius id conveniret. Non puto, quenquam uſurum argumento *l. 37. §. 1. de O. & A.* quanquam revera ſunt, qui eam citant, ubi judicia diviſoria vocantur mixta, quoniam uterque in illis actor eſt: Etenim, cui non liquet, mixtum illic ſuo modo dici, quod alias duplex appellatur, *l. 12. & ſequ. de Judic.*? nihilo melior captio eſt ex *l. 3. §. ult. de R. V.* quam ſimiliter proferri videmus.

TERTIA ACTIONUM DIVISIO.

23. (q) Ex omnibus Actionum diviſionibus nulla facilior, quam quæ jam ſequitur, eſſe videtur; Omnes actiones vel in ſimplum conceptæ ſunt, vel in duplum, *§. 22. h. t.* In ſimplum ſunt omnes rei perſecutoriæ, ſive ex contractu, ſive ex delicto ſint, quales paucæ dantur, ut dictum & dicetur amplius *ad tit. de perpet. & tempor. Action.* Exempla nihil opus eſt memorari, cum in numerato ſint omnibus: habentur tamen aliqua in *d. §. 22.* ex ſtipulatione, ex mutui datione, (poteſt igitur condictio certi, quæ eſt actio mutui, ſpecialis ex mutuo appellari; quanquam a natura condictionis in genere ſumptæ nihil differat,) ex empto, vendito, locato conducto, mandato, aliiſque quam plurimis cauſis. Quæ in duplum proditæ ſunt actiones, ex delicto oriuntur, ut eſt furti nec manifeſti, atque ſervi corrupti; qua actione tenetur, qui ſervum alienum malis moribus corrupit, *l. 1. & ſeq. de ſerv. corr.* quæ eſt etiam utilis actio de filiofam. corrupto, *l. 14. §. 1. eod.* Sunt etiam in duplum tres illæ actiones, quæ inficiando litem augent in duplum, de quibus actum eſt in *§. ult. ſupra de Quaſi-contract.* videlicet actio Legis Aquiliæ, depoſiti miſerabilis, atque Legati piis locis relicti; ſic eſt in *§. 23. h. t.* In triplum una duntaxat actio traditur *in §. 24.* quæ datur adverſus eum, qui majorem vero debito quantitatem libello complexus eſt, ea gratia, ut viatores, ſive executores litium, majores ſportulas exigant. Sportulæ ſunt, τὰ ἐν σπυρίδι διδόμενα ξένια, ait *Gloſſar. Græc. apud Briſſon. de V. S.* munuſcula, quæ in ſporta dantur; ſunt autem ſportæ calathi de vimine texti, *l. 3. §. ult. D. pen. leg.* Quia autem clientibus aliiſque ſalutatoribus, qui mane in atriis magnatum officii cauſa apparebant, ejuſmodi munuſcula diſtribuebantur, hæc quoque ſportulæ dicebantur; ut & cœnæ ac convivia, quæ hac cauſa dabantur; erogationes etiam, quæ decurionibus fiebant, hoc nomen habebant, *l. 5. §. pen. de donat. int. Vir. & Ux. l. 6. §. 1. de decurion.* Denique pecuniæ, quæ judicibus & executoribus litium dabantur, hoc nomine veniunt, *Rubric. D. de ſportul. jud. l. 33. §. 5. C. de Epiſc. & Cler.* hoc quidem loco ſalaria, maxime ipſorum executorum atque viatorum, intelliguntur; quatenus ipſorum fraus & lucrifaciendi animus notatur, atque coercetur pœna tripli, cui tamen & ſimplum ineſt, ut monet Imperator in *d. §. 24.* unde jam ultro liquet, ſportularum quantitatem proportione ſortis petitæ variari, quod hodieque ita fere in judiciis obſervatur. * Poſtremo actiones in quadruplum re-

* Jure noſtro ac fere univerſæ Germaniæ, ſportularum Judicialium certa taxa lege conſtituitur, quam quoties Actores in liquidando excedunt, per ſententiam expenſarum judicialium fieri ſolet moderatio. jung. Leipz. Ober-Hof-Gerichts-Ordn. *rubr.* von Sportuln. it. die verneuerte Taxa und Moderation der Gerichts-Schöppen-Amts- und anderer Gebühren in peinlichen, bürgerlichen und Hülffs-Sachen, *de Ann. 1642. in Corp. Jur. Sax. p. 785. ſeq.* adeoque condictionum, quæ eo nomine olim inſtituebantur, *vid. §. 24. 25. Inſt. h.* exiguus hodie aut nullus eſt uſus.

(q) *Poſ. 48. & ſeqq.*

cen-

cenſentur in *§. 25.* furti manifeſti, quod metus cauſa, quæ datur adverſus eum, qui metum vel fecit vel rem metu extortam, aut lucrum exinde poſſidet, intra annum in quadruplum, poſt annum in ſimplum, *l. 14. §. 1. Quod met. cauſ.* ſed eſt mixti generis, quia ſimplum ineſt quadruplo, *d. l. 14. §. 9. & ſeqq.* Dein Actio de Calumniatoribus, eſt etiam in quadruplum; quando quis pecuniam accepit, ut alicui calumniæ cauſa negotium faceret, vel non faceret, ut loquitur Cæſar, *d. §. 25.* proinde calumniator eſt, qui pecuniam, ut alium improba lite vexaret, accepit, *l. 1. & l. 3. de Calumniat.* Videtur autem & hæc actio eſſe mixta, uti ſimplum quadruplo contineatur, prout colligitur *ex l. 5. §. 1. eod. tit.* Ultimo loco memoratur in quadruplum actio Condictitia, hoc eſt, condictio ex lege, quæ datur adverſus executores litium, qui majores ſportulas, aut aliud quicquam præter & ſupra legem, a reis, hoc eſt a litigantibus utroque, (vid. *ſupr. de duobus reis ſtipul. in pr.*) exegerunt, *d. §. 25. in fin.*

24. Hæc eſt ratio atque diſtinctio actionum in duplum & in triplum. Neque tamen omnes ejusmodi ſunt ab initio ſuaque natura, quædam prius in ſimplum dantur, & ex poſt facto fiunt in duplum vel in quadruplum. Duplariæ, quæ prius inficiantibus duplum infligunt, Depoſiti miſerabilis, Aquiliæ Legis, & Legati locis ſacris relicti actiones. Nam ſi quis hiſce primum conventus ſatisfecerit actori, ſimplo defungi poteſt; deinde cum negaverit, ex iis cauſis ſe eſſe debitorem, creſcit in duplum condemnatio, *§. 26. b.* Reliquæ dupli actiones, quas recenſuimus, originaliter abſoluteque in duplum competunt. In quadruplum actiones ſunt etiam tales ſimpliciter, excepta quod metus cauſa actione; quæ ſimiliter in principio ad reſtituendum ſimpliciter comparata eſt, ita ut ſi is, qui rem metu extortam tenet, conventus eam reſtituat, nihil ultra ſolvat; Si vero juſſus arbitrio judicis, reſtitutionem contumaciter neget, tum demum quadruplo, raptoris exemplo, mulctatur, *l. 14. §. 1. Quod. met. cauſ.*

25. (r) Succedit QUARTA DIVISIO, qua actiones dicuntur eſſe vel bonæ fidei, vel ſtricti juris, vel arbitrariæ: Eſt hæc actionibus propria diviſio, tametſi contractus etiam bonæ fidei vel ſtricti juris appellentur, *l. 32. §. 2. de uſur. l. 22. de donat. l. 27. §. 3. de Pact. & alibi.* Nominis ſane communionem ab actionibus habent contractus; ſed cauſam origінemque hujus qualitatis habent actiones a contractibus, ut ex infra dicendis patebit. Deſcribuntur bonæ fidei actiones, quod eæ ſint, in quibus judex libere æſtimat, quantum alter alteri ex æquo & bono, etiam ultra expreſſam conventionem, dare præſtare debeat, fere ut Donellus ad *d. §. 28.* Stricti juris contra ſunt, in quibus judex adſtringitur conventioni partium formulæque Prætoris, quarum terminos egredi non poteſt. Donell. & Giphan. *ad d. §. 28.* Bonæ fidei judicia vocabantur olim arbitria, teſte Cicerone, *lib. 3. off. & paſſ. in orat.* ſtricti juris actiones ſimpliciter judicia dicebantur; In quibus, ut ait *Cic. pro Roſc.* id quod petitur, ad *libellam* adjudicandum eſt, ſive, ut Turnebus interpretatur, ad *teruntium, 29. Adverſ. 36.* Quando ejusmodi arbitrium ſeu bonæ f. judicium movebatur apud Prætorem, tunc in formula, qua dabat judicem ad illam cauſam, hæc verba inſerebat, Ex BONA FIDE; vel, *ut æquius melius* uti, teſtis eſt Cicero *d. lib. 3. off.* vel ita: *inter bonos bene agier.* Giphan. *ad d. §. 28.* Pertinet huc, quod Seneca ſcribit, *1. de beneſ. c. 7. Ideo,* inquit, *melior videtur conditio cauſæ, ſi ad judicem, quam ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit & certos quos non excedat, terminos ponit, hunc libera & nullis adſtricta vinculis religio; & detrahere aliquid poteſt & adjicere, & ſententiam ſuam, non prout lex & juſtitia ſuadet, ſed prout humanitas & miſericordia impulit, regere.* & *lib. 2. de Clement. Clementia,* ait, *liberum arbitrium habet, non ſub formula judicat.* Ciceronis etiam verba lucem huic rei præbent, *in orat. pro Roſc. Quid eſt in judicio? directum, aſperum, ſimplex; Si paret ſeſtertium, ſeptingenta dari oportet;* (ſic erat formula Prætoris.) *hic, niſi planum facit, ſeſtertia ſeptingenta ad libellam ſibi deberi, cauſam perdit. Quid eſt in arbitrio? mite, moderatum: quantum æquius & melius, id dari.* Ex his locis manifeſtum fit, verbis, *bonæ fidei*, in hac diviſione inferri laxum liberumque judicis officium æſtimandi, quid partes ſibi invicem dare præſtare oporteat, etiam ultra expreſſam conventionem atque formulam prætoris. Enimvero *bona fides* hic etiam ſignificat naturali verborum ſenſu, talem animi virtutem, quæ dolo malo opponitur, ut ex Cicerone & Seneca, *dd. locis*, denique & ex *l. 5. de uſur.* probatur:

(r) *Poſ. 55. & ſeqq.*

tur: Neque tamen inde ſequitur, in actionibus ſtricti juris poſſe virtutem illam integræ fidei, ut dicitur in *l. 1. C. de ſuffrag.* ſynceræ fidei, *l. 2. C. ſi propt. publ. neceſſ.* abeſſe; nam hoc requiſitum ſine dubio cunctis tribuitur contractibus, *l. 59. §. 1. d. Mandati.* habetur equidem in ſtrictis actionibus ratio juſti atque honeſti, *§. 23. Inſt. de inutil. ſtipul.* at non adeo largiter ac in bonæ f. judiciis, ubi effectus ejus ſunt laxiores, ac ut Dd. loquuntur, effreniores, Joh. Faber *ad d. §. 28. n. 1.* Unde liquet, nullam fuiſſe rationem Ameſio noſtro, hanc partitionem nigro calculo notandi, cujus vim nullo modo intellexit, *lib. 5. de conſcient. c. 42. n. 22.* Nomen bonæ fidei adſcribitur alteri membro diviſionis hujus *ὐ μετὰ διαςολῆς, ἀλλὰ καὶ ἐξοχὴν*, per excellentiam, non quod oppoſitæ ſpeciei negetur. Hoc etiam facile ex ſuperioribus intelligitur, ſtrictum jus in alterius ſpeciei nomenclatura non eſſe idem, cujus fit mentio *in l. 8. C. de judic.* vel in *l. 1. C. de LL.* juris ſtricti vocabulum bene cum Donello accipietur de poteſtate Legibus, ſeu Jure conceſſa & ab iiſdem coarctata. Nam in *d. l. 8. & l. 1.* jus ſtrictum bono & æquo ita opponitur, ut hoc de eo prædicari nequeat. Theophilus hoc nomine reprehenditur, quod uſitata vocum proprietate deceptus, ſtricti juris actiones eſſe putavit, in quibus obſervatur *τὸ ἀκριβοδίκαιον*, quod eſt ſecundum Philoſophum *5. ad Nicomach. c. 10.* jus exactius duriusque, *τὸ ἔσχατον τῆς δίκης*, ſummum jus, quod eſt ſumma ſæpe injuria. Ego in Theophilo id ita non reperio; Ait quidem, *ἐν οἷς τῆς ἀκριβείας γίνεται λόγος*, & deinde in bonæ fidei judiciis, inquit, *ἐξουσία δέδοται τῷ δικάζοντι ἐκ τοῦ καλλίστου καὶ δικαίου κρίνειν.* ſed hæc verba ſic commodiſſime excipiuntur, ut judex in his actionibus judicet ex *optimo juſto*, ex bono & æquo per excellentiam; in illis ex præſcripto, nec ultra quam expreſſum, nihilo ſecus ac modo explicatum eſt.

26. Jam porro, ſcire Prætorem oportuit, quibus actionibus illa verba ex *bona fide* vel ſimilia, eſſent addenda; proinde notam oportet eum habuiſſe aliquam, ex qua, cujus naturæ quælibet actio foret, admoneretur: vel ſi dicas, formularum eo tempore libros fuiſſe de ſingulis actionibus, manet eadem quæſtio; unde cuique actioni modo bonæ fidei clauſula ſit adjecta, modo ſecus. Cicero cauſam, cur bonæ fidei quædam ſint actiones, hanc reddit, quod iis vitæ ſocietas contineatur, *d. l. 3. off.* cum qua fere coincidit ea, quam alii, ut Joh. Fab. *ad d. §. 28. in fin.* tradunt; eorum contractuum, qui b. f. dicuntur, uſum magis eſſe neceſſarium, atque propterea actiones eorum eſſe debere pleniores; at hoc improbat Jaſon ad *d. §. 28. n. 17.* per inſtantiam a ſtipulatione & a mutuo in contrarium deſumptam. Fabri tamen recte ſe habet ratio; nec ea per duplicem illam inſtantiam deſtruitur, ob peculiarem ſtipulationis & mutui naturam. Stipulatio eſt verborum obligatio ad hoc introducta, ut e verbis ſolummodo, non aliunde, mens partium conſtet, quare ſtricti juris conditio ejus æſtimatur. Mutuum vero eſt contractus beneficiis & liberalitati exercendæ inventus; quæ nullam admittit extenſionem, nec ad augendam nec ad minuendam liberalitatem, excluſo fructuum & uſurarum augmento. His rebus factum eſt, ut frequentia horum contractuum non admiſerit extenſionem e præſumpta partium voluntate. Cæterum, ex ſententia Jaſonis, *d. l. τοῦτο μὲν κεῖται ἐν ἀποκρύφοις*, eſt confugiendum ad *L. non omnium. ff. de LL.* quo etiam propendet Weſenbec. ad *d. §. 28.* nec alienus eſt inde A. Matth. *Coll. 2. Inſt. diſp. XI. th. 14.* Ego malim priori de frequentia jungere aliam rationem; ut Bonæ f. actiones inde noſcantur, quod oriuntur e contractibus reciprocas præſtationes habentibus.

SCHOLIUM.

Adde hanc: quæ vel præſupponunt præſtationes mutuas proportione ad ſe invicem gaudentes, vel oriuntur ex præſtito aliquo beneficio, non tendente tamen ad translationem dominii.

RESPONSIO.

Non videtur hæc additio admodum eſſe neceſſaria, ut infra videbimus.

N. ADDIT.

Sit ita, & per me adeo expungatur jam & ſcholium præſens, & ſcholium ſequens, quod Autor appoſuit hic ad n. 28.

Ita primus docuit Hotomannus ad *d. §. ult.* quo nomine laudatur a Donello, *ibid. n. 43.* Neque fallit hæc ratio, præterquam in hereditatis petitione; quæ olim inter bonæ fidei judicia non fuit habita, nec aliter inter ea relata eſt, quam ratione præſtationum perſonalium, quæ judicio illi accidere ſolent. Supereſt, ut numerum b. f. actionum, quibus nota jam eſt impreſſa, ineamus. Editus eſt earum catalogus ab Juſtiniano

Digitized by Google

in *d. §. 28.* qui cum ſingularis ſit, nec alibi reperiatur, conſentaneum eſt, hunc numerum pro deciſorio haberi, cenſente ita Cujacio, *l. 11. obſerv. c. 39.* Donell. *ad d. §. 28.* Mynſingero *ibid. n. 7.* Vultejo *ibid. n. 12.* aliisque.

27. Quæ heic extant actiones, ab Interpretibus varie dividuntur. Nos ita ſimpliciter; I. Bonæ fidei ſunt omnes e contractibus conſenſualibus actiones, ut eſt empti venditi, locati conducti, pro Socio, Mandati. II. Omnes e contractibus, qui Re perficiuntur, excepto mutuo; Nam Commodati, depoſiti, pignoratitia, hic habentur. III. Actiones e quaſi-contractibus, ut eſt negotiorum geſtorum, tutelæ, communi dividundo, familiæ erciſcundæ. Sed condictio indebiti hic non reperitur, & eſt ſtricti juris, *arg. §. 1. I. de obligat. quæ re contrah.* actio ex teſtamento mixti generis eſſe videtur; Strictæ naturæ eſt in *l. 5. de eo, quod cert. loc.* juncta *l. 7. eod.* Ratione fructuum & uſurarum eſt bonæ fidei, *l. 87. §. 1. de Legat. 2.* vid. Bachov. *diſput. 6. de Action. th. 5.* in numero tamen ſtrictarum collocanda videtur, quatenus hic non memoratur *in §. 28.* Sunt etiam, qui de actione finium regundorum dubitant, Bachov. *d. diſp. 6. th. 4.* pene a ſe ipſo diſſentiens *th. 12.* Moventur & plures, de quibus vid. A Matth. *colleg. Inſt. 3. diſp. VI. th. 28.* Sed rationes, quæ proferuntur, evertere non poſſunt axioma, quod hic ſupponitur; Præter enumeratas *d. §. 28.* non dari alias b. f. actiones. Quæ tamen Regula non ita mordicus accipienda, ut etiam utiles excludantur, quoniam hæ ſub nomine directarum continentur, ut ſunt actio protutelæ, utilis curationis cauſa actio; nec non poſſeſſoria & fideicommiſſaria hereditatis petitio, quoniam in illis omnibus eædem præſtationes verſantur, quæ in actionibus directis & principalibus, ad quas referuntur; etiam per *l. 14. §. 11. 13. & 16. de Religioſ.* A. Matth. *d. diſp. th. 17.* etſi diſſ. Joh. Fab. ad *d. §. 28. num. 5. lit. 9.* Quin & contrarias actiones ſub nomine directarum hic contineri, ratio atque analogia juris dictant, licet invita ratione diſſentiat Hotomannus *ad hunc §. 28.* Ratio tamen ejus prima facie non videtur abſurda; quippe ſic in jure noſtro proditum eſt, in actionibus contrariis non agi de fide rupta, *l. 5. depoſiti. l. 6. §. ult. de his, quid infam. not.* Nam ſine dubio in cunctis b. f. judiciis agitur de præſtationibus, quæ ἐκ τȣ̃ καλλίϛȣ δικαίȣ, ex optima fide ſervata vel rupta, oriuntur. Ita quidem de toto judicio, cujus pars eſt actio contraria, ſe res habet; atque inde fit, ut laxitas officii judicis in iis obtineat; e qua laxitate differentia judiciorum b. f. & ſtr. juris pendet; atqui officium judicis non poteſt aliud eſſe in actione contraria quam fuit in directa, ſiquidem contraria nihil eſt aliud, quam reciprocatio ejusdem judicii, quod ſine injuria partis alterius, diverſas præſtationes recipere non poſſet. Nihil etiam dubitandum, quin actiones, quæ adjectitiis tantum qualitatibus ab aliis diſtinguuntur, ut exercitoria, inſtitoria, quod juſſu, de peculio, de in rem verſo, tributoria, & ſi quæ ſunt ſimiles actionum earum, quas χαρακτηρίζȣσι, naturam imitentur; proinde exercitoria empti, locati, erit bonæ fidei; exercitoria de mutuo ſtricti juris erit, ac ita in aliis. De emphyteuſeos actione magis dubitatur; Etenim bonæ fidei videtur, quoniam ex proprietatibus emptionis venditionis atque locationis conductionis compoſita eſt, *§. 2. Inſt. locat.* ac adeo heic loci non tam omiſſa quam ſub illis, & maxime ſub locatione comprehenſa videtur. Ita Connanus *7. comment. c. 21.* Communiter tamen Dd. faciunt eam ſtricti juris, quia propriam per conſtitutiones principum naturam accepit, *d. §. 3. l. 1. & 2. C. de jur. emphyt.* Ita Wiſſenb. *par: Si ager. vectig. pet.* Vultej. *ad d. §. 28. n. 44.* Priori tamen ſententiæ magis adſtipulantur cum D. Wiſſenbachio *parte 1. ad Pand. diſp. 13. th. 32.*

28. Superſunt actiones e contractibus innominatis oriundæ, præſcriptis verbis quæ dicuntur. Ex harum numero duæ commemorantur in hoc *§. 28.* de permutatione, & æſtimatoria; quarum hæc datur e contractu æſtimatorio, qui initur, quando quis rem alicui certo pretio æſtimatam hac lege tradit, ut aut rem ipſam, aut illud pretium reddat, *l. 1. de æſtimat. act.* altera de permutatione, ſatis nota eſt *ex tit. de contrah. empt. vend.* Præter haſce duas non dari alias bonæ fidei, tenet communis Dd. ſententia, teſte Schneidewino ad *d. §. 28. n. 13.* Ne Precarii quidem condemnatio, quæ ex bona fide naſcitur, ſummamque habet affinitatem cum commodato, *l. 1. §. 3. & l. 2. §. 2. de Precar.* ejusdem naturæ eſſe videtur, *arg. d. §. 28. &* per *l. 8. §. 2. d. t. de Precar.* ubi argumentum ab effectu *d. l. 2. in pr. de precar.* Et reliquæ præſcriptis verbis actiones, quæ ſunt actiones civiles ab aliis diſtinctæ, ſpeciali commemoratione duarum iſtarum, excludi videntur, ut prolixe diſputat Bachov. *diſp.*

6. de

Digitized by Google

6. de Action. th. 8. Non movet, quod illa de precario aliæque, ex bono & æquo eſſe dicuntur; nam hoc etiam de condictione indebiti, & de condictione ſine cauſa affirmatur, in *l. pen. de condict. indeb.* in quibus tamen uſuræ ex mora nec quidem lite conteſtata debentur, ut in b. f. judiciis fieri ſolet, *l. 1. C. de condict. indeb.* Quin & injuriarum actio ex bono & æquo eſſe dicitur, in *l. 11. §. 1. de injur.* idemque de actione ſepulchri violati, *l. 3. in pr. & l. pen. de Sepulchr. viol.* & de actione in factum adverſus judicem, qui male judicavit, affirmatur in *l. ult. de extraord. cognit.* quas tamen omnes nemo bonæ fidei eſſe contendit. Donell. *ad d. §. 28. n. 39. & 40.* Diverſæ tamen ſententiæ, quod ad reliquas præſcriptis verbis actiones attinet, non deſunt auctores, neque rationes. Inter auctores ſunt Hotom. ad *d. §. 28.* & *diſp. 5. de Præſcr. verb. n. 34.* Major. *colleg. Argent. de præſcr. verb. th. 14. n. 6.* A. Matth. *Coll. Inſt. 3. th. 346.* D. Wiſſenbach. *Diſp. ad Inſt. th. 55.* aliique putantes, eas præſcriptis verbis actiones, quæ dentur e negotiis, bonæ fidei contractibus vicinis, etiam fidei bonæ eſſe habendas.

SCHOLIUM.

Autor non reſpondet ad dubium, quod ipſi moveri poterat, propter notam actionum b. f. ſupra *poſitam. Si enim actiones* reciprocæ *ſunt bonæ fidei, ſane nec actio æſtimatoria, nec ex permutatione, ad eas referri debebant; niſi dicere velis, actiones præſcriptis verbis omnes ad ſtricti juris referri debuiſſe, iſtas duas autem propter analogiam, quam permutatio & contractus æſtimatorius habent cum emptione & locatione, fuiſſe exceptas. Deinde, ſi, quod ibidem dicitur; contractus, qui* mutuas habent præſtationes, *pariunt actiones b. f. etiam reliqui contractus innominati producere deberent b. f. actiones. Hinc addidi ſuperius, quod illæ præſtationes mutuæ proportionem ad ſe habere debeant, ut emptio, locatio &c. vel debeant oriri ex beneficio præſtito, ut ſit in commodato, mandato, depoſito &c. De permutatione & contractu æſtimatorio idem dicendum eſt. At, facio ut des, do ut facias, facio ut facias, nullam proportionem requirunt, nec etiam ad beneficium, quod non niſi gratuitum eſt, referri poterunt.*

RESPONSIO.

Nota actionum bonæ fidei inprimis eſt, quod ſint e contractibus mutuas præſtationes habentibus, quales utique ſunt etiam permutatio & æſtimatorius contractus, cui accedit adfinitas cum venditione & locatione, de qua Scholiaſtes; nec deeſt omnis agendi reciproca facultas in caſu evictionis aut malæ fidei. Sed inſtat Thomaſius: Reliquæ præſcriptis verbis actiones ſunt etiam e contractibus mutuas habentibus præſtationes, ut, facio ut des, facio ut facias, do ut facias: ergo & iſtæ erunt bonæ fidei: Reſpondetur, hanc rationem non eſſe ſolam, ſed addidimus hanc, quod actiones bonæ fidei ſunt uſus neceſſarii, & quotidiani: quæ ratio non habet locum in contractibus innominatis. Sic additione D. Thomaſii carere licet; qua tamen ſi quis uti velit, non intercedo.

Poſtremo loco in noſtro *§. 28.* commemoratur hereditatis petitio, quæ ex omnibus in rem actionibus, ſola eſt bonæ fidei, cum reliquæ ſint arbitrariæ, ut deinde videbimus. Ratio, quæ hanc unam reliquis exemit, a præſtationibus, quibus abundat, *l. 25. §. antepen. de hered. petit.* arceſſenda eſt; ſiquidem harum varietas neceſſitatem relaxandi judicis officii imponebat. Hæc ſola ratio impulit Juſtinianum, ut cum hactenus dubitaretur, eſſetne connumeranda hereditatis petitio inter judicia bonæ fidei, in eam ſententiam conſtitueret, per *l. ult. C. de hered. pet.* qua de re dix. *ſupra.* Donellus addit *ad d. §. 28. n. fin.* poſſeſſorem hereditatis quaſi negotiorum geſtorem eſſe, ratione præſtationum illarum, quod tamen paulo eſt obſcurius. De finium regundorum actione dicemus ad *§. 31.*

29. Olim quoque bonæ fidei fuit actio Rei uxoriæ, qua uxor ſoluto matrimonio dotem repetebat, *l. 21. in fin. Solut. matrim.* cujus etiam formulæ Cicero *3. offic.* diſerte refert hæc verba fuiſſe inſerta; *Quod æquius melius, judicato.* Sed actio Rei uxoriæ, a Juſtiniano transfuſa eſt in actionem ex ſtipulatu de dote, *§. 29. h. t.* quoniam hæc jam olim competens, ubi mulier dotem ſibi reddi ſtipulata erat, commoda quædam tribuebat mulieribus, quæ non inerant Rei uxoriæ actioni, ut Imperator ipſe narrat *in l. un. C. de rei ux. act. ſtatim a princ.* ſic tamen, ut eas qualitates, quibus olim fiebat, ut bonæ fidei haberetur, cum hac nova actione communicatas vellet: unde factum, ut hoc eveniret *παράδοξον*, actio ex ſtipulatu, quæ eſt alias exemplum ſtricti juris actionum, ut fieret bonæ fidei; ſed plura ſunt in hac actione *παράδοξα*, quæ Juſtinianus breviter in *d. §. 29. h.* commemorat, præter unum, quod ex *d. l. un. §. 1.* ſupplendum; dari ſcilicet

Digitized by Google

hanc e ſtipulatu actionem mulieri, etſi nulla ſtipulatio intervenerit, ut mulieri quamlibet minus acriter ſuis commodis intentæ, pleniſſime conſuleretur. Tertium ſingulare, quod *in d. l. un.* & hoc *§. 29.* refertur, eſt hypotheca tacita, quam mulier habet in bonis mariti ad dotem conſervandam; Nec tantum hypotheca, ſed & privilegio inter hypothecarios inſigni, gaudet mulier, quod præferatur omnibus, etiam antiquioribus & alias privilegiatis creditoribus, *d. §. 29. in fin. l. un. §. 1. & ult. C. Qui potior. in pig.* Rationem reddit Juſtinianus lepidam hujus privilegii, in *N. 97. c. 3.* quoniam, inquit, fornicantibus obvenit quæſtus & vivunt exinde, abſurdum erat, caſte viventibus e matrimonio detrimentum inferri. Solius autem mulieris providentia hoc introductum eſſe, teſtatur Juſtinianus in *d. §. 29.* quæ tamen verba ſolos heredes extraneos excludunt, ut ex *d. l. un. §. 6.* intelligitur, & *d. l. ult. verſ. exceptis. l. un. C. de privil. dot.* Verba Juſtiniani in *d. l. 12. & in N. 87. c. 3. & 4.* ſunt efficaciſſima, ut neminem mulieri, præter eum, qui credidit in militiam emendam, præferat; adeoque non modo ſimplices hypothecarios, ſed etiam contra privilegiatos id valet, diſſentiente licet Bachovio *lib. 4. de pignor. c. 14.* neque tantum adverſus eos, qui tacitas, ſed etiam qui expreſſas per conventionem habent hypothecas,* a qua parte diſſentit egregius Donellus *ad hunc §. 29. n. 3.*

In *§. 30.* tranſit Imperator ad differentiam bonæ fidei & ſtricti juris actionum ex effectibus, in queis tota partitionis hujus utilitas conſiſtit, explicandam. Ideo deſcriptionem bonæ fidei actionum, quæ modo a nobis occupata eſt, præmittit, eamque compenſationis exemplo illuſtrat, quo aliud ſane commodius eligere non potuiſſet. Etenim haud facile dixerim, an iſta nobilis actionum diviſio luculentius exhiberi potuerit, quam in effectu compenſationis: quam hac occaſione Juſtinianus breviter exponit. Eſt compenſatio nihil aliud, quam debiti & crediti inter ſe contributio, *l. 1. de Compenſat.* velati, cum *primus* ſecundo centum debet, atque brevi poſtea *ſecundus* primo tantundem aut aliquanto minus incipit debere; tum poſterius debitum cum priore contribuitur, aut in totum, aut juxta concurrentem quantitatem. Sed id quidem in bonæ fidei judiciis ſine difficultate poterat admitti; nam etſi poſterius debitum ex alia plane cauſa deſcenderet, neque vel in conventione vel in formula Prætoris ulla ejus mentio facta eſſet, amplitudo tamen poteſtatis, quam Judex per formulam ex bono & æquo conſequebatur, facile permittebat, ut judex diverſi plane debiti rationem haberet actionemque propter eam

* Jure Saxonico Electorali, privilegium hoc prælationis tantum ad hypothecas tacitas anteriores, non ad expreſſas pertinet, *P. 1. C. El. 28. pr. verb.* allen andern Gläubigern, ſo n cht ältere ausdrückliche Verpfändung haben. *O. P. S. T. 43.* §. Die Eh weiber. verb. aber gleichwohl nicht denenjenigen, ſo zuvor ausdrückliche Hypothecas haben. § Welch der Weiber Recht. verb. alleine die ausdrückliche Verpfändung, welche vor ſolcher Zeit hergegangen, für älter geachtet werden. Carpzov. *ad d. C. 28. def. 64. 65.* Mollerus *ad eand. n. 37.* Ziegler *ad d. T. Ord. Proc. Sax. verb.* aber gleichwohl nicht. Interim ſicuti ipſi hypothecarii taciti tempore priores, potiores ſunt hypothecariis expreſſis poſterioribus; ita etiam omnibus hypothecis expreſſis, quibus alia tacita præfertur, etiam dotis privilegium potius eſt, vi regulæ, ſi vinco vincentem te, multo magis vinco te, *l. 14. §. 3. ff. de diverſ. temp. præſcr. c. 7. d. præb. in 6.* ſecundum receptam in Saxonia *d. O. P. S.* interpretationem. Carpzov. *P. 1. C. 28. D. 175.* Martin. *ad §. 1. O. P. S. tit. 43. n. 63.* Berlich. *P. 1. concl. 72. n. 2.* Sic, quando Titius ex tutela a communi debitore a 721. ſuſcepta, petit 1000; Philippus ex credito ſub hypotheca expreſſa an. 722. dato, poſtulat 1000; Cæcilia uxor debitoris, ex dote an. 723. illata 1000: Hæc quia vi privilegii prælationis Titium vincit, ſuperat etiam a Titio victum Philippum. confer. Menck. *ad Ord. Proc. Sax. tit. 43. §. 6.* jung. tamen *Ordin. Recognita.* §. Wobey aber. apud Berger *Elect. Diſcept. For. ſecund. Ordin. Proc. Jud. d. Tit. p. 1442. & Monitum Ordinum Inclyt. Provincial. ap. eund. p. 1448.* Cæterum fruitur eodem privilegio prælationis uxor, ratione donorum nuptialium in dotem datorum. *Dec. El. 51. verb.* Wenn ein Schwieger-Vater ſeinem Eydam zur Mitgifft ein gewiſſes, und zwar mit eingeſchloſſen des Hochzeit-Geſchencks, mitzugeben verſprochen, in ſolchem Fall iſt es billig *pro Dote* zu halten. Carpzov. *P. 1. C. 28. D. 38.* item ratione dotalitii, quatenus duplicatas dotis uſuras non excedit. *arg. Ord. Proceſſ. Sax. Tit. 45.* §. So wollen. Carpzov. *d. C. def. 95.* conf. Berger *l. c. Obſ. 3. p. 1453. ſeqq.* & Menck. *Diſput. de quantitate dotalitii in Saxonia, th. 22. ſeqq.* nec indigna hoc privilegio cenſetur uxor, qui ſciens obærato nupſit. *Deciſ. El. 6.* ibique Philipp. *Obſ. 3.* niſi luxuria ejus maritum ad incitas redactum eſſe, conſtet, *d. Dec.* ibique Philipp. *Obſ. 4.* quod tamen creditoribus liquido demonſtrandum eſt. conf. Heig. *P. 2. q. 7. n. 57.* Caſp. Henr. Horn. *Reſp. Claſſ. 13. ſent. 2.*

cauſam

cauſam vel negaret, vel imminueret. Alia longe erat ratio in actionibus ſtricti juris: etenim, quia non poterat in illis Judex egredi terminos conventionis, neque formulam a Prætore præſcriptam, manifeſtum erat, debitum plane diverſum ejusque diſceptationem, officio Judicis ad certam cauſam dati minime comprehendi; ſed Marcus Cæſar, philoſophiæ civilis graviſſimus auctor, cum videret, in judiciis ſtrictis, mutui, ſtipulationis, & condictionum, quæ ſunt frequentiſſimæ, maximo partium incommodo excludi compenſationes; ne ſuperſtitione præceptorum juris, contra naturam cauſæ & contra æquitatem cives laborarent, ita conſuluit; ut & malo iſti mederetur, neque tamen vim faceret ullam ordini judiciorum: Admitti voluit compenſationes, mediante exceptione doli mali; Ipſo jure non poterat hoc fieri, quamdiu inſtitutum vetus dandi judices formulasque præſcribendi durabat. Sed ita res erat; Qui in ſtricto judicio compenſationem movebat, is actori ſolidum petenti reſpondebat; Tu facis dolo malo contraque officium boni Viri, quod ſolidum petas, cum non ignores, quid mihi viciſſim debeas. Tum judex actionem quidem in ſolidum admittebat; ſed exceptionis æquitate motus reum non condemnabat, niſi in id, quod deductis deducendis, actori competere appareret; ex quo tamen non ſequitur, quod velle videtur Cujac. *lib. 3. obſ. 17. & lib. 22. obſ. 1.* omnes ſtricti juris actiones, oppoſita doli mali exceptione, fieri bonæ fidei; quod extra caput hoc, in jure diſerte proditum, non licet affirmare; uti pluribus probat Bachov. *d. diſp. 6. de Action. th. 29.* quanquam Cujacio adſentiri videtur Vultejus *ad. d. §. 28. n. 14.* Cæterum, non longo poſt Marcum tempore in uſum fori receptum eſt, ut compenſationes in omnibus judiciis ipſo jure operentur, quod non modo Imperator Alexander reſcribit in *l. 4. C. de Compenſat.* ſed & Paulus JCtus in *l. 4. & l. 21. de Compenſat.* idque ſe quoque ſancire narrat Juſtinianus, in *l. ult. pr. C. eod. tit.* videtur hoc autem novi ipſemet addidiſſe, quod antea compenſatio non niſi in quantitatibus ipſo jure fiebat; ipſe vero in actionibus in rem, idem illud conſtituit; eo ſenſu, quo ſtatim videbimus.

30. Prius intelligendum, quid ſibi velit, quod ipſo jure fieri dicitur compenſatio; Enimvero Judex divinare non poteſt, quod invicem debeatur: ideoque nihil ambigendum, quin objicienda ſit compenſatio: ſed duplex intellectus ſupereſt, primo, Contributio utriusque debiti, & extinctio vel diminutio ejus quod vice mutua debetur, non habet effectum ab eo demum tempore, quo actu in judicio movetur, ſed exinde, quo viciſſim deberi cœpit, ita ut uſuræ debiti reciproci confeſtim ceſſaverint, etſi novum illud debitum, quo vetus ſublatum aut minutum eſt, non fuerit uſurarium, *d. l. 21. & d. l. 4. C. eod.* Alter ſenſus eſt, quod judex compenſationem admittere ejusque rationem habere poſſit, etſi in formula Prætoris ejus nulla mentio habita fuerit, perinde ut olim in ſolis bonæ fidei judiciis fieri potuiſſe prædiximus. Eodem modo accipiendum, quod exceptiones in bonæ f. judiciis ipſo jure ineſſe, legimus in *l. 3. de Reſcind. vend. l. 84. §. 5. de Legat. 1. l. 31. & ult. de hered. petit.* Supereſt tamen hodieque diſcrimen, ut videtur, quod in ſtrictis judiciis exceptiones initio litis conteſtari oportet, in bonæ fidei, conteſtatio non eſt neceſſaria, *l. 9. C. de præſcript. longi temp. l. 8. & 9. C. de except.* ſed hac de re plenius agendum, *ad tit. de Exception.* Ad compenſationem redeundum. Manifeſtum eſt, eam ipſo jure non poſſe aliter inſtitui, quam ſi res ſint ejusmodi, in quibus nulla facti incertitudo verſetur. Proinde neceſſium eſt, uti liquida ſint debita, non controverſa; uti quantitates ſint ejusdem generis & bonitatis, in quibus nulla ſit varietas aut inæqualitas æſtimationis, quod res loquitur in pecunia maxime habere locum. Nam in corporibus, aliisque etiam quantitatibus, ut oleo, vino, frumento, ſemper aliqua inæqualitas reperitur, niſi corpus vel quantitas eadem in genere debeatur, in quod nulla cadere poteſt affectio. Denique Juſtinianus in hoc *§. 31.* & *in d. l. ult. C. de Compenſat.* facit etiam locum compenſationi in actionibus in Rem, commodati, aliisque, ubi agitur de reſtitutione ſpecierum, id eſt rerum corporalium: ſed hoc ut intelligatur, facile explicatu eſt; quatenus in illis actionibus quæritur de pretio rerum deperditarum vel corruptarum, adeoque de pecunia, ſic ibi compenſatio exercetur, nec dubium, quin eo ſenſu in ipſa quoque depoſiti actione obtineat, tametſi Juſtinianus depoſitum a compenſatione excipiat. Nimirum quatenus hoc prætextu dominus rerum depoſitarum exactione defraudaretur: Non vult Cæſar reſtitutionem depoſiti ullam moram accipere obtentu compenſationis; ſed ubi tantum de præſtatione pecuniaria

Digitized by Google

ex cauſa depoſiti agitur, ibi nulla ratio dubitandi reddi poteſt, quare compenſatio eſſet neganda. Bachov. *diſp. 6. de Action. th. 23.* Eodem modo explicandum, quod de invaſione rei immobilis admonetur in *d. l. ult. C. de Compenſat.* ceſſare quoque in illa compenſationem, uti ne invaſor ullo prætextu reſtitutionem ejus quod occupavit, recuſet.

31. Præter hoſce duos effectus, qui a differentia bonæ fidei & ſtricti juris actionum proficiſcuntur, videlicet compenſationis & exceptionum, notandi ſunt breviter alii tres vel quatuor. Primo, dolus dans cauſam contractui b. fidei, reddit eum ipſo jure nullum; in contractu ſtricti juris exceptio inde naſcitur, *l. 7. pr. & §. dol. mal. l. 3. §. ult. ff. pro ſoc. l. 16. §. 1. de minor. l. 13. §. 14. de Action. empt. l. 22. & l. 36. de V. O.* Secundo, cum res deperdita vel deterior facta venit æſtimanda, in contractibus b. f. ſpectatur tempus, quanti res plurimi fuit usque ad ſententiam; in ſtrictis, usque ad litem conteſtatam, *l. 3. §. 2. Commod.* Tertio, in judiciis bonæ fidei uſuræ debentur, etiam ex pacto nudo, & ex mora, *l. 32. §. 2. de uſur. l. 17. §. 4. eod. l. 22. pr. de donat.* in ſtrictis, non niſi ex ſtipulatione expreſſa, *l. 1. & l. 3. C. de uſur.* Similiter fructus & reliquæ acceſſiones, in b. f. actionibus a tempore moræ debentur, *tit. C. de uſur. & fruct. leg. l. 3. de uſur.* at in ſtrictis duntaxat a lite conteſtata, *l. 38. §. 7. de uſur. l. 78. §. ult. de R. V.* Quarto, pacta in continenti adjecta bonæ fidei contractibus, actionem inde producunt, ſecus ac in iis, quæ ſunt ſtricti juris, *l. 7. §. 5. de pact.* Cujac. *10. obſ. 24.* Hæc omnia ab eo, quod initio diximus, a laxa videlicet aut anguſta judicis poteſtate pendent; quæ licet ſingula majoris ſint controverſiæ, quam ut tribus verbis in tuto collocari poſſint, heic tamen brevi auditu transmittuntur, quia ſuis locis ex profeſſo de illis agendum erit. Moribus hodiernis ſunt, qui volunt hoc diſcrimen actionum eſſe obſoletum. * *Quascunque evolveris leges municipales, nusquam reperies ullam talem fieri actionum diviſionem,* verba ſunt Gudelini *de jur. noviſſ. cap. 14. verſ. ſed quid.* Itaque ex ejus ſententia omnes hodie ſunt bonæ fidei. At ſi quicquid in legibus municipiorum non invenitur, pro abrogato eſſet habendum, Jurisprudentia equidem Romana valde in arctum redigeretur; adſentior potius Bachovio *d. diſp. 6. th. 12.* cum effectus diviſionis illius a natura contractuum, quæ non eſt mutata, pendeant, nec ipſos ita videri ſublatos. Apud nos hanc diviſionem plenum habere vigorem, exceptis iis, quæ a veteribus formulis pendebant, locuples auctor eſt Sandius *lib. 3. deciſ. tit. 14. defin. 1.*

32. Sequuntur actiones ARBITRARIÆ, quas Dd. nonnulli pro tertia ſpecie non agnoſcunt; etenim cum bimembrem, quæ eſt in *d. §. 28.* diviſionem pro completa agnoſcant, omnesque ibi non memoratas judicent eſſe ſtrictas, nihil ſupererat, quam ut arbitrarias in numero ſtrictarum haberent, & arbitrium pro qualitate accidentali, per quam natura actionum in ſe non mutetur; pro qua ſententia differit Joh. Faber *ad §. 31. h. t.* Non eſt quidem adeo hæc opinio abſurda, quam videtur Bachovio *diſp. 7. de action. th. 1.* potius tamen ut ſpecies tertia conſideretur: quoniam id, quod has actiones facit arbitrarias, in ipſa formula Prætoris habebat fundamentum. Nam in actionibus in Rem, quæ proprie hanc ſpeciem arbitrariam conſtituunt, hujusmodi formula erat uſitata; *Si paret, fundum Q. D. AP. Titii ex jure Quiritium eſſe, neque is fundus ei a Mævio reſtituetur, Judex condemna*, Cicero *Verr. 3.* Briſſon. *lib. 5. formular.* Cum qua conſentit Juſtinianus in *hoc §. 31.* ubi, arbitrarias actiones ex arbitrio Judicis pendere ſcribit, hoc ſenſu, *ut in iis, niſi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori ſatisfaciat, veluti rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſolvat, vel ex noxali cauſa ſervum dedat, condemnari debeat.* Secundum hæc Juſtiniani dicta, ſic finire licet; Actiones arbitrariæ ſunt, in quibus ſi judicis arbitrio, jubentis rem petitori reſtitui, non pareat Reus, condemnatio in aliquid majus

* Sunt etiam, qui in Saxonia diſcrimen, quod inter actiones bonæ fidei & ſtricti juris intercedit, ſublatum eſſe contendunt. Ac ipſe Carpzov. *Part. 3. Dec. 265. num. 12. 11.* Schilter. *ad ff. Ex. 23. §. 55.* circa juramentum litis, nullam agnoſcunt inter bonæ fidei & ſtricti juris actiones differentiam, ſed cum Jure Saxonico, aliud nunquam conſtitutum ſit, diſcrimen potius illud adhuc hodie faciat, quod in b. f. actionibus poſt moram adjudicentur uſuræ, *l. 32. §. 2. ff. de uſur.* in ſtricti juris demum, cum promiſſæ fuerint, *l. 3. C. eod.* diviſionem hanc actionum etiam apud nos uſu haud deſtitui exiſtimo. vid. Brunnem. *ad l. 5. ff. de in lit. jur. n. 9.* Bart. Leonh. Svendendörfer. *d. actionib. c. 2. §. 93.* add. Menck. *Controverſ. Jur. Civil. Diſp. V. th. 2.*

ſequitur. Hæc definitio ex verbis Juſtiniani claris petita, ſatis demonſtrat, eſſe arbitrarias ejuſmodi actiones, quæ nec ſub bonæ fidei neque ſub ſtrictis comprehendi queant, quemadmodum & ex methodo Cæſaris in hiſce *tribus §§.* & *l. 3. §. 1. de uſur.* abunde liquet. Alii definitionem petunt ex ultimis Juſtiniani verbis in *d. §. 31.* ubi ſic ait: *In his enim actionibus, & cæteris ſimilibus, permittitur judici ex bono & æquo, ſecundum cujusque rei, de qua actum eſt, naturam æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.* Unde A. Matthæus *coll. Inſt. 2. diſp. 11. th. 21.* & Hotom. *ad h. §. 31.* in hunc modum finiunt: Actiones arbitrariæ ſunt, in quibus judici libera eſt poteſtas æſtimandi ex bono & æquo, citra mutuam obligationem indeque natam bonam fidem, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat. Verum eo modo ſatis obſcura fuerit harum actionum ab iis, quæ bonæ fidei vocantur, differentia, ut etiam Græci Interpp. eas ſpecies confuderunt, quo nomine eos reprehendit Vultej. *ad §. 28. h. t. n. 17.* quanquam Theophilus æque de iis diſtincte loquatur ac ipſe Juſtinianus: quando ſic infit; *ἐν αἷς εἰ μὴ μεσιτείᾳ καὶ τῇ κελεύσει τοῦ δικαστοῦ ὁ ῥεὸς ἀποκαταστήσῃ*, & mox: *τοῦτο δὲ ποιήσας καὶ ἀποκαταστήσας διαφεύγει τὴν καταδίκην, διὰ τὸ ἰδικῶς ἐγκεῖσθαι ταῦτα ταῖς ἀγωγαῖς. Arbitrariæ ſunt, in quibus, niſi arbitrio juſſuque judicis Reus reſtituat, omnino condemnatur. Ubi autem hoc fecerit atque reſtituerit rem, evitat condemnationem; quoniam ea eſt harum actionum propria natura.* Non poterat melius ad formam noſtræ definitionis. Igitur harum actionum diſcrimen, in conceptione formulæ antiqua maxime conſiſtit; ſecundum quam ita fuit procedendum, ut primo judex agnoſceret, eſſetne res petitoris, nec ne; dein, hoc comperto, arbitrium, hoc eſt juſſum, interponeret de reſtituendo; cui ſi Reus pareret, abſolutum erat judicium; ſi non pareret ille juſſus, tantum erat interlocutio, quam mox ſententia ſequebatur peremptoria, quæ Reum condemnabat aut in certam & Lege præſcriptam pecuniæ ſummam, aut in id quod æquum & bonum ei videbatur, quemadmodum ex inductione ſingularum ſpecierum inferius patebit, & latius probatur a Bachovio, *d. diſp. 7. de Action. th. 7. 8. & 9.* Tu dices, ſi nulla eſt quam ex formulis differentia, nullam oportet eſſe jure novo, poſtquam formulæ & impetrationes ſolennes ſunt abolitæ, in *tit. C. de formul. & impetr. ſubl.* Reſponſio eſt, hanc nihilominus eſſe naturam harum actionum, *τοῦτο ταῖς ἀγωγαῖς ἐγκεῖσθαι*, ut ait Theophilus; quod ſi reus arbitrio judicis rem ſine mora reſtituat, evitat condemnationem. At rurſus quærere licet; cujus igitur naturæ tum ſit actio, quando reus primo judicis arbitrio rem reſtituit, quia tum gravior condemnatio, quæ differentiam huic generi actionum infert, non inſtituitur; Reſpondendum videtur, eas actiones tum magis ſtricti juris videri; utique ſingulas in eo ſtatu conſideratas, quia effectus b. f. in illis non poſſunt habere locum, lege tacente: Rurſus inſtabis; Ergo arbitraria qualitas tantum eſt adjectitia, quæ non habeat uſum, niſi ob ſupervenientem fortuitamque rei contumaciam. Reſpondetur, naturam harum actionum in genere eſſe ſpectandam & ex formula, quam Prætor eis ab initio dabat, cui & arbitrium & gravius condemnandi facultas inferebatur: Sufficit, ita has actiones eſſe comparatas, ut eſſe queant ejuſmodi, quales ſunt deſcriptæ, licet in eventu tales non ſemper exiſtant, ſicut actio Legis Aquiliæ pœnalium numero habetur, quia poteſt eſſe pœnalis condemnatio, licet in hypotheſi atque in eventu ſæpe fiat, ut ſententia non egrediatur ſimplicem rei perſecutionem, ut diximus ad *§. 9. ſupra de L. Aquil.* Poſtremo, ſi ita quæratur, an poſt contumaciam, actiones hæ non fiant bonæ fidei, quia tum judex æſtimare debet ex æquo & bono, quantum & quomodo actori ſit ſatisfaciendum; reſpondebimus, non eſſe tunc eas bonæ fidei; primo, quia poteſtas illa æſtimationis non venit ex mutua obligatione: & dein, quia laxitas æſtimationis libertasque, minor eſt in arbitrariis, quam in bonæ fidei judiciis; Nam in quibusdam ex illis certa condemnatio judici præſcripta eſt, veluti in actione quod metus cauſa, ubi quadruplum a contumacibus exigitur, *l. 14. §. 1. ff. Quod met. c.* in cæteris etſi nulla quantitas definita eſt, nihil tamen quam contumaciæ ſatisfactionem judex habet æſtimandam, reliqui bonæ fidei effectus, quos ſupra commemoravimus, in iis non perinde exercentur.

33. Fuit deſcriptio actionum arbitrariarum; Sequuntur ſpecies, quæ *in d. §. 31.* enumerantur, & ſunt primo omnes in Rem actiones, tam civiles quam Prætoriæ: harum aliquas nominatim recenſet Imperator; at civilem Rei vindicationem ejuſdem eſſe naturæ, liquet ex *l. 68. de R. V.* ubi primo juſſus judicis ad reſtituendam rem petitam

titam, ſimpliciter collocatur; dein, ſi non pareat reus, ſequitur condemnatio *duntaxat*, hoc eſt, ad minimum in fructus & in omnem cauſam; ſi vero dolus ſubſit, in tantum condemnatur, quantum adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum juraverit, *d. l. 68.* ubi in fine JCtus hanc ſententiam dicit eſſe generalem, & ad omnia, ex quibus arbitratu judicis quid reſtituitur, pertinere; quemadmodum ſane actio confeſſoria hanc ipſam habet arbitrariam condemnationem, *l. 7. Si ſervit. vindic.* Solam hereditatis petitionem e numero actionum bonæ fidei exemptam eſſe, diximus *ad §. 28.* Porro in perſonam Actiones arbitrariæ ſunt, Actio quod metus cauſa, actio de dolo, & ad Exhibendum. *d. §. 31.* De prima eſt textus *in d. l. 14. §. 1. & 3. Quod met. c.* ubi diſerte traditur, reum habere facultatem reſtituendi, ſi vult pœnam evitare, & non eſſe hanc actionem ſtatim in quadruplum, ſed ita demum, ſi res non reſtituatur. De actione de dolo, ſic Paulus ait in *l. 18. pr. D. dol. mal.* arbitrio judicis in hac quoque actione reſtitutio comprehenditur, & niſi fiat reſtitutio, ſequitur condemnatio, quanti ea res eſt, vel quanti actor in litem juraverit. De actione ad exhibendum, textus proprii ſunt in *§. 3. infra de offic. jud. in l. 3. §. 2. & l. 9. §. 5. ad Exhib.* Actio quoque Redhibitoria, quæ eſt ex Ædilitio Edicto, ſatis perſpicue hujus naturæ eſſe, noſcitur ex *l. 45. de Ædil. Edict.* ubi duplicem habere dicitur condemnationem; primo enim ſimplo defungi poteſt; ſi non reddat quod debet, in duplum condemnatur. Actionem finium regundorum eſſe arbitrariam, probat Pacius *Iſag. ad tit. de Fin. regund. ex l. 7. eod.* ubi de modo agrorum arbitri dicuntur dari: ſed hoc quidem minus eſt ἀποδεικτικὸν; ſiquidem & in familia erciſcunda arbitri dantur, *l. ult. ▪. Famil. Erciſc.* Magis ad rem pertinet, quod eſt ſcriptum in *l. 4. §. 3. eod.* ſi quis judici non pareat, eum condemnari; Nam hæc eſt ipſa proprietas, quæ actionem facit arbitrariam; analogia quoque hujus actionis cum actionibus in Rem, facit, ut hæc ſententia facilius recipiatur; Nam eſt pro Rei vindicatione, *l. 1. eod.* eundemque habet effectum; Proinde, ſi Judex arbitratus ſit, alterum ex litigantibus fines antiquos reſtituere debere, isque paruerit, bene eſt, habentque tum locum ejusmodi præſtationes, quales fere in ſtrictis contractibus obtinent, *d. l. 4. §. 2.* Si vero nolit reſtituere fines declaratos, condemnatur in aliquid gravius, *d. §. 3. l. 4.* idemque diſerte probatur ex *§. 6. Inſt. de off. jud. in fin.* Denique inter arbitrarias recenſet Imperator actiones de eo quod certo loco atque noxalem. Verum in his non fit duplex condemnatio, nec adeo ſunt eo ſenſu arbitrariæ, ut a ſtrictis actionibus differant; ſed arbitraria qualitas in illis adventitia & accidentalis eſt; Nam qui ex mutuo aut ex ſtipulatione debet *ex. gr.* centum aureos Epheſi ſolvendos, nihil eſt dubii, quin hæc actio ſit mere ſtricti juris: Jam ſi alio loco petatur, quam Epheſi, quia ſumma ſæpe diverſitas eſt uſurarum totiusque rei pecuniariæ in diverſis locis, actor facere debet commemorationem Epheſi, atque petitionis, quæ illic inſtituenda fuerat; at cum hoc non modo ſit extra, ſed etiam contra partium conventionem, manifeſtum eſt ex deſcripione ſtricti juris actionum, quam ſupra inſtituimus, officium judicis in illis non permittere, ut ejus quod intereſt reſpectu loci, ratio habeatur. Idcirco repertum eſt, ut hoc caſu propter utilitatem commerciorum, actionis qualitas mutaretur, fieretque arbitraria; cum hoc effectu, ut is, per quem ſtat, quo minus Epheſi ſolvetur, alteri præſtet quantum ejus intereſt, Epheſi non eſſe petitum. Et quidem apud Prætorem hæc mutatio perpetratur, eaque formulæ inſeritur, alioqui actor incideret in pœnam plus petentium, ſicut in *§. 34.* exponitur, & imprimis a Theophilo declaratur. Satis ita liquet, hanc qualitatem arbitrariam eſſe duntaxat adjectitiam, de qua Theophilus dicere non potuit, eam ἰδικῶς ἐγκεῖσθαι τῇ ἀγωγῇ, *eam eſſe propriam actionis naturam*, ut de reliquis arbitrariis dicentem intelleximus. Non enim Prætor hanc arbitrandi facultatem formulæ ſemper inſerit; verum ita demum, ſi acciderit, ut alio loco fieret petitio, quam initio convenerat. De hac actione arbitraria proprius agendi locus eſt ad *tit. ff. de eo, quod certo loco. l. 2. & paſſim.* Quod ad actionem attinet noxalem, ea duplici ſenſu poteſt arbitraria dici, primo, quod ibi Judicis officium non ſit, Reum ſimpliciter condemnare, ſed arbitrium deferre, vel ſervum noxæ dedendi, vel damni æſtimationem præſtandi, ut habebimus *infra ad pr. de Noxal. action.* & ſic etiam arbitraria fuerit ſenſu proprio; non ut primo juſſus de reſtituendo fiat & dein condemnatio, ſed arbitrium in ipſa ſententia committeretur. Alio ſenſu erit arbitraria actio per conſequentiam ejus actionis, cujus hæc eſt acceſſoria: etenim

Digitized by Google

nim actio noxalis non eſt ſpecies actionis propria, ſed tantum adjectitia qualitas aliarum actionum. Ita, ſi actio quod metus cauſa noxalis, de dolo nox. moveatur, dicendum, actionem noxalem eſſe arbitrariam, quia tales ſunt cauſæ principales, quarum reſpectu noxæ deditio poſtulatur. Ita Donellus & Vinnius *ad hunc §. 31.*

34. (s) Præcedens diviſio actionum trimembris, in bonæ fidei, ſtricti juris, & arbitrarias, ad inſtitutum præſcribendi formulas, quæ a Prætoribus dabantur Judicibus pedaneis, pertinebat, eoque ſpectabat potiſſimum, ut haberet Judex, unde certam ferret ſententiam, quo partes expedite dirimerentur. Hoc Imperator plenius inculcat *in §. 32. & ſeqq.* Curare debet Judex, ut omnino, quantum poſſibile ei ſit, certæ pecuniæ vel rei ſententiam ferat, etiamſi de incerta quantitate apud eum actum fuerit. Certitudo definitivæ efficaciſſimis verbis commendatur, haud tamen ſine limitatione, quatenus fieri poſſit; Nam aliquando debitum inde jam ab initio ſic eſt contractum, ut aliquo modo incertum ſit, veluti, cum res plures generaliter, aut disjunctim ſunt promiſſæ; nec enim judici fas eſt, obligationis materiam formamque mutare vel invertere, nec auferre debitori electionem ſolvendi quod voluerit, ut ad *§. ſequ.* videbimus; Quare ſive petitio certa fuerit, ſive ita incerta, ut tamen illud ipſum ſit, de quo expreſſe convenerat, recte videtur pronunciare judex, ſi dicat; ſolve quantum petitum eſt, *l. 5. §. 1. & l. 52. §. 1. de Re Jud.* Inter ea, quæ ſunt incerta ac indefinita, ſine dubio eſt id, quod intereſt, *l. ult. de Prætor. ſtipulat. l. 24. de R. J. §. ult. Inſtit. de V. O.* Proinde cum hujus ſit frequens petitio, ſciendum eſt judici, quo pacto hujus petitionem regere oporteat; Eſt hac de re conſtitutio, cujus & alias meminimus in *l. un. C. de ſentent. quæ pro eo, quod inter. profer.* in caſibus certis, hoc eſt, in quibus certa pecunia, certa res, certumve corpus petitur, ita æſtimabit Judex id quod intereſt, ne duplum veri pretii excedat; rurſus in incertis, quibus res vel pecunia incerta petitur, æſtimari oportet, quantum in rei veritate interſit, imo in dubio minoris potius, quam amplius condemnabit, *d. l. un.* ubi Perez. Cujac. *9. obſ. 31. & 16. obſ. 34.* Jam huic Judicis officio, certam ferendi ſententiam, actor ſubſervire debet, certam faciendo petitionem: Judex enim ejus, quod petitum eſt, terminos egredi non poteſt, *l. 18. Comm. divid.* Hinc advertere oportet actorem, ne plus quam ſibi debeatur, petat; olim, ſi vel uno nummo plus petiiſſet, cauſa cadebat; ut non modo ſuperfluo non potiretur, ſed nec id, quod vere debebatur, nanciſceretur, *§. 33. h. t.* ibique Theophilus. Pleni ſunt veterum libri, teſtimoniorum de his, qui formula ceciderant, apud Sueton. *in Claud. cap. 14.* Senecam *epiſt. 48.* Ciceronem *1. de orat. pro Roſ. Comœd. & alibi.* Sed uſu temporum priſtinis ſolennitatibus paulatim exoleſcentibus, formularumque impetrationibus ſublatis, a Conſtantino Magno, qui juris publici formam non minus quam ſedem imperii mutavit, *in l. 1. C. de formul. & imper. ſubl.* aliter cum his, qui plus petiiſſent, agi cœptum eſt; atque omnino in quatuor claſſes diſcreti ſunt plus petentes; Sic enim proditum eſt, plus peti *re, tempore, loco, vel cauſa.* Re, veluti, ſi quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit; aut ſi is, cujus ex parte res eſt, totam, vel majorem partem ſuam eſſe contenderit. Loco, cum is, cui Romæ debetur, petit Epheſi, & quidem ſi alio loco petatur quam convenerat, tum actio, quæ prius erat ſtricti juris, fit arbitraria, & dicitur *de eo quod certo loco.* propterea quod Judex in ſententia arbitretur, quatenus, & quid, ratione loci alter alteri præſtare debeat, ſiquidem varia rerum pretia & uſitrarum quantitates, per varias regiones frequentantur, quemadmodum ad *fin. §. præced.* pluribus dictum eſt. Tempore plus petitur, quando quis ante diem petit, veluti cum is, cui Kal. Maj. debetur, in Januario petit; qui vero ante conditionem exiſtentem petit, quod ſub conditione debetur, potius nihil agere, quam plus petere dicitur, *l. ult. in fin. Quando dies uſufr. leg. ced.* niſi forte ſit talis, quæ certo extitura ſit conditio, veluti ſi morietur; Nam ex tali ſtatim deberi videtur, nec tamen niſi poſt mortem peti poteſt, Vinn. *ad h. §.* Cauſa, cum quis ita petit, ut debitori auferat electionem, veluti, cum certa ſpecies petitur ab eo, cui res aliqua in genere, aut alternative debetur; *ex. gr.* debeo vinum Gallicum aut Rhenanum, & tu petis ſimpliciter Rhenanum; debitoris enim eſt eligere, utrum præſtare velit, *l. 10. in fin. de Jur. dot.* Pœna plus re & cauſa petentium, eſt Tripli, *§. 24. ſupr. & §. 33. in fin.* Qui tempore plus petit, ita mulctatur, ut ejus adverſario tempus duplicetur, ac

(s) *Poſ. 69.*

ipſemet

ipſemet in impenſas condemnetur, *§. 10. infra de Except.* Quomodo autem plus loco petentes adficiantur, modo dictum eſt. *

35. Hæc de plus petentibus. Si quis vero minus quam ſibi competit, petat, is errorem ſuum emendare poteſt, quavis parte judicii, *§. 34. h. t.* ** dicere autem vulgo ſolent, aliud eſſe, *emendare*, aliud *mutare* libellum, (qui hic nihil eſt aliud, quam ſcriptura continens intentionem actoris.) Emendatio dicitur, cum accidentalia libelli corriguntur; mutatio, cum ipſa libelli ſubſtantia invertitur, veluti cum aliud pro alio, vel ex diverſa cauſa petitur. *Ex. gr.* primo equum, deinde quis petiit bovem, vel primum ex empto, deinde ex donato; Talis mutatio poteſt quidem fieri ante litem conteſtatam ſimpliciter; verum poſtea non aliter quam ſi novum deliberandi tempus Reo concedatur, & nova litis conteſtatio fiat, & adverſario impenſæ refundantur, *l. 3. C. de Edendo.* atque adeo novum fiat judicium. Proinde quod hic in *§. 32.* legimus, mutationem illam fieri *in eodem Judicio*, intelligendum eſt *apud eundem Judicem*, in eodem auditorio; cum olim prætor de novo interpellandus novusque judex dandus eſſet, quod hodie non fit, poſtquam ipſi Prætores judicare ſunt juſſi, abolito more delegandi judices pedaneos, *l. 2. C. de Pedan. jud.* Atque hæc ſatis conveniunt cum vulgata DD. ſententia, adverſus quam diſputat D. Wiſſenbach. *diſp. 8. part. 1. ad Pand. th. 20.* contendens, mutationem libelli abſolute poſt litem conteſtatam, ſine nova conteſtatione & deliberandi tempore fieri posſe. At ex ratione juris antiqui, non video ſatisfactum eſſe huic argumento: Judex pedaneus ſecundum formulam a prætore ſibi præſcriptam judicare debet: libello autem mutato, qui judicabit ſecundum illam formulam priori actoris narrationi aptatam? Reſpondet quidem Vir ſummus, iſtius formulæ tam ſtrictam & anguſtam non fuiſſe interpretationem. Sed videamus id quale ſit. Prætor dabat judicem præſcripta ei formula, pro exemplo: *Si paret, Titium ex mutuo centum Cajo debere, judex condemna.* vel, ſi ex vendito ſimilive contractu, additis verbis, *ex bona fide.* At quomodo talem formulam ſequi judex potuit, ſi actor deinde ex ſtipulatu peteret, de quo nihil in formula, ex qua tamen ipſe judex erat, & qua deficiente, officium ejus deficiebat? Quod ſi excedere illam adeo potuit, ut actionem nunquam editam vel prætori auditam admitteret, pro ex ſtipulatu, actionem ex vendito, ſtatuendum eſt, cum ex formula ſtricta, ubi bonæ fidei nulla erat mentio, omnes præſtationes actionum bonæ fidei, ſententia potuiſſe complecti, quod videtur mirificam confuſionem in judiciis parere debuiſſe. Quin ſi exceptiones in ſtrictis contractibus ne quidem admittere potuerit, niſi formula comprehenſas, (vid. Bach. *diſp. 6. de act. th. 21.*) quæ tamen eandem cauſam feriebant, quid proferri poterit, cur de alia plane actione cognoſcere ei licuerit? Compenſatio excludebatur e ſtrictis actionibus, *§. 30. Inſt. de act.* Quid ita? quia ex diverſa cauſa proficiſcebatur, nec inerat formulæ, cui judex adſtrin-

* Hæc pœna plus petitionis, apud nos in Sax. non obtinet, ‡ ſed ſive re aut cauſa, ſive loco aut tempore plus petitum fuerit, reus ab inſtantia ſolet abſolvi, actorque condemnari in expenſas. Carpz. *P. 1. C. 3. Def. 11.* Schulz. *Syn. Inſtit. h. t. lit. X.* Hopp. *ad §. 33. Inſt. h. t. uſ. hodiern.* Idem quoque in multis Germaniæ locis obſervatur, conf. Perez. *ad tit. C. d. plus pet. n. 5.* In nonnullis tamen pœna plus petitionis Jure Civili determinata adhuc ſtatuitur, ut in Viſmarienſi tribunali judicatum refert Mevius *P. 6. d. 313. n. 5.*

‡ Libellus, in quo quis certam ſummam, plus minusve petit, ſi modo de fundamento agendi aliqua ratione conſtat, ut generalis & obſcurus, rejici haud debet; immo Judicis officio continebitur, ſi certa ac determinata ſumma in libello expreſſa, eoque nomine juramentum ſimpliciter delatum fuerit, ut jurisjurandi formulæ clauſulam inſerat: jurantem nec iſtam ſummam, nec plus ea, nec minus debere. Hac forma jurare detrectans, in omnem libello expreſſam ſummam condemnandus eſt. Si actor certam ſortem petet, inde vero minorem ſibi deberi demonſtrabit, reus non modo in hanc condemnabitur, ſed quod in litis conteſtatione minorem iſtam ſummam non fuerit faſſus, expenſas actori ſolvet. Uti & Actor Reo, hoc minorem ſortem offerente, illo majorem ſibi deberi haud probante, in expenſas condemnandus eſt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. V. §. 8.*

* Etiam apud nos, citra metum condemnationis in expenſas. Unde cum prædium in ſolidum petitum poſtea pro quarta parte peteretur, quia minor numerus toti ſ. majori ſemper ineſt, neque libelli mutationem factam, neque novam ejus communicationem neceſſariam, neque actorem in expenſas condemnandum eſſe, *pron. Fac. Jur. Lipſ. m. Febr. 700.* Menck. *Tabb. Inſt. h. t. p. 154.*

gebatur

gebatur, ut diximus *ſupra.* Tanta, inquam, formulæ religio & judicis coarctata poteſtas erat, ut compenſationis, qua nil erat æquius, rationem habere nequiverit; actionis tamen plane diverſæ potuiſſe dicetur? nullo ut videtur modo. In bonæ fidei judiciis largior quidem poteſtas judici dabatur, ſed quatenus natura actionis propoſitæ permittebat, & maxime in iis, quæ ad rem in judicium deductam pertinerent, *l. 25. §. 8. & l. 31. §. 13. de Ædil. Ed. & l. 21. §. 3. de pecul.* At de alia re, cauſaque prorſus alia, judicium ſuſcipere, difficile dictu eſt, quo pacto pedanei judicis poteſtatem non exceſſerit. Id liquet, potuiſſe actorem male inſtitutæ actionis pœnitere, & prætore denuo interpellato, ad aliud judicium tranſire, quo referendæ videntur *l. 4. §. ult. de nox. act. l. 18. §. 1. de vi & vi arm. l. 22. §. 1. de acqu. poſſ.* in quibus omiſſo petitorio, inſtituitur poſſeſſorium, quanquam *d. l. 4.* videatur & aliter poſſe explicari. Et hoc erat, quod Doctores volunt, ſi quis poſt litem conteſtatam actionem aliam inſtituere velit, hunc omiſſa priore inſtantia, novum quaſi judicium inſtituere, aliaque interpellatione uti debere, ut loquitur *l. 23. de judic.* Sed quia Græcis Imperatoribus mos dandorum judicum diſplicuit, *l. 2. C. de pedan. jud.* ratio illa de præciſa formularum obſervantia, in recentiore juriſprudentia, ad quam pertinet *d. §. 35.* ceſſat. Attamen ne quidem hic multo aliter ſe res habet. Ponamus enim, Titium vocaſſe Cajum ad prætorem, edidiſſe actionem ex vendito in centum, prætorem dediſſe judicem, præſcripſiſſe formulam, conteſtatos eſſe litem; mox recordatum actorem, ſibi non centum ex vendito, ſed totidem vel octuaginta ex ſtipulatu deberi, vult mutare, Quæritur an poſſit? omnino. Sed pareat edicto *l. 3. C. de Edend.* quid jubet hoc? Edicti actionem. ubinam editur? Apud Prætorem. Ergo deferendus judex; omnia ex integro inſtituenda, *d. l. 23. de Judic.* hoc ſcil. jure veteri, quod tempore *d. l. 3.* adhuc in uſu fuit. Quomodo hæc aliter poſſint intelligi, non video. Novo jure cum idem Prætor & judex ſit, non eſt judex deferendus, ut partes ad prætorem revertantur. Res tamen non admodum aliter ſe habet. Nam ſi actor velit uti beneficio legis & impune mutare, non debet poſtulare, ut favorabilior ſit quam reus, contra *l. 125. d. R. J.* ſed huic omnia integra ſunt præſtanda. Is recte negavit antea, ſe ex empto debere, Tu ſtipulationem nunc adducis, jam male forte negaverit, Ergo permitte ut deliberet, & ſi velit, tibi noviter petenti noviter contradicat: quæ ſane erit nova litis conteſtatio; & quam parum abeſt, quin novum judicium? addo verba Bachovii *diſp. 1. de action. th. 44. Veritas & ſimplex hujus rei deciſio meo judicio hæc eſt; quod ſi ſubtiliter conſideremus, quæ ſit identitas judicii, non videatur eſſe idem judicium, ubi nova intervenit litis conteſtatio: & ita non abſurde defendemus communiſſimam Dd. ſententiam, quæ poſt conteſtationem litis factam, eodem judicio libellum mutari poſſe negat. Quod ſi conſideramus continuatam quaſi litis tractationem coram eadem perſona & eodem judice, nec ulla opus eſſe nova citatione, aut novi omnino libelli productione, & quod omnia quaſi in locum priorum ſubrogentur, non abſurde idem judicium appellari poſſe videatur, eaque procul dubio ſententia eſt Juſtiniani* in d. §. ſin minus. *ubi idem judicium durare ait, cujus quippe mutatio vix apparet, cum præſertim hoc dici videatur oppoſitive ad jus vetus, quo manifeſta erat mutatio, nova quippe facta interpellatione.* Uſu fori nihil eſt certius, quam id quod a nobis ſuperius eſt poſitum, ſcil. poſt litis conteſtationem nullam fieri poſſe libelli mutationem. * Sandius *lib. 1. deciſ. 4. defin. 2.* & DD. *ad d. l. 3. C. de Edend.*

* Jure Saxonico ‡ Actor ſimul ac gvarandam præſtitit, quod ſecundum *Reſ. Grav. de an. 1653. gr. 17. & Reſcr. Elect. de ann. 1691. §. 4.* ante emiſſam citationem fieri debebat; j. tn. Hartman. Piſtor. *L. 4. qu. 22. num. 12.* aut reus litem pure conteſtatus eſt, libellum mutare aut emendare prohibetur, etiamſi reo expenſas refundere velit actor. E. R. *l. 1. art. 3. & 14. P. 1. C. El. 11. O. P. S. T. 5.* §. da auch. Zanger. *de Except. p. 2. c. 21. n. 64. ſeq.* Eventualis tamen litis Conteſtatio ipſi hoc Jus non adimit. Berlich. *P. 1. Concl. 28. n. 26.* Carpz. *Pr. tit. 9. art. 2. n. 38. ſeqq.* Philipp. *ad Tit. 5. Ord. Proc. Sax. conſid. 13.* Imo etiam ante Litem Conteſtatam, præſtitamque gvarandam, mutatio libelli in termino demum facta efficit, ut actor in expenſas condemnetur. *O. P. S. T. 5. §. ſ.* Carpzov. *ad d. C. 11. d. 11.* Renunciatio autem Litis refuſis expenſis fieri ac nova actio inſtitui poteſt, ſi nondum ſuper probatione lata ſententia vires rei judicatæ nacta eſt, vid. Menck. *Diſp. ad Proceſſ. V. Tit. 5. th. 12. ſeq.* Berger. *Elect. Diſcept. For. ad T. V. O. P. S. Obſ. X.*

‡ Et quidem noviſſimo mutari libellum in modo agendi, vel probandi, vel alias licet, donec ſuper lite

 QVIN-

QVINTA ACTIONUM SUMMA DIVISIO.

36. Sequitur ultima Actionum diviſio, quod vel ſolidum iis, vel minus quam ſolidum perſequamur, *§. 36. h.* In minus datur actio de peculio, quæ competit in id, quod in peculio reperitur, *§. 36. h.* ſecundum ea, quæ *ad tit. ſequ.* dicentur. Ejusdem generis eſt Actio ex ſtipulatu de dote, qua mulier a marito repetit dotem ſoluto matrimonio, quam ſupra *ad §. 29.* habuimus; hæc enim primo minuitur impenſis in res dotales factis, quæ ſunt vel neceſſariæ, ſine quibus res integra eſſe non poteſt; vel utiles, quæ rem faciunt meliorem; vel denique voluptuariæ, quæ tantum ornant ſpeciem, *l. 79. de V. S.* Neceſſariæ Impenſæ dotem ipſo jure minuunt, ſi nempe dos in quantitate conſiſtat; tunc enim tanto minus, quantum vir impendit, eſt in obligatione dotis, *l. 5. de impenſ. in res dotal.* alioqui licet etiam res dotales retinere propter impenſas neceſſarias, *l. un. §. 5. C. de Rei uxor. act.* Propter utiles impenſas non datur hodie retentio; ſed Actio vel mandati, vel negotiorum geſtorum, *d. l. un. §. 5.* Voluptuarias impenſas non aliter ſervat maritus, quam tollendo illas, quatenus ſine læſione rei tolli poſſunt, *l. 7. 9. & l. 11. D. eod. tit.* Secundo, minuitur hæc ipſa Actio, quatenus maritus habeat beneficium, ne ultra quam facere poſſit teneatur, hoc eſt, ut ſemper ei relinquatur, quantum ſatis eſt ad honeſtam exhibitionem victus & amictus, *§. 37. h. l. 22. fin. pr. l. 30. de re judic.* quod tamen privilegium datur indiſtincte viro, etiam cum ex aliis contractibus ab uxore convenitur, *l. 17. & l. 20. de re judic.* Idem beneficium datur ‡ parentibus, patronis, ſociis & donatoribus, quando liberi, liberti, ſocii & donatarii adverſus eos agunt, *§. 38. h. t. l. 16. & ſequ. de re judic.* Donatori etiam aliquanto plenius quam cæteris, quatenus hic etiam æs alienum computat, eoque deducto retinet quod ad tuitionem vitæ ſit neceſſarium, *l. 19. §. 1. de re judic. l. 49. & ſequ. eod.* Idem beneficium datur ei, qui bonis ceſſit, *§. ult. h.* etſi enim is vinculo obligationis non liberatur, ſed tantum moleſtia executionis, tamen non ſtatim ac aliquid de novo acquiſivit, continuo excutiendus eſt, ſed humanitatis ratione aliquid ei laxamenti indulgetur, *h. §. ult. l. 4. l. 6. & l. 7. de Ceſſ. bon.* Poſtremo, compenſationibus Actiones minuuntur, *§. 36. h.* de quibus ſuperius eſt dictum.

37. Sed in hoc *§. penult.* eſt aliquid ſpeciale; dicitur enim, ſi quid invicem actorem ex eadem cauſa præſtare oportet, hoc minuere ipſius petitionem, quod tamen requiſitum ſuperius in compenſatione non fuit collocatum; ſed omnia, quæ modo functionem recipiunt neque controverſa ſunt, compenſari poſſe diximus: proinde, ut aliquid præcipui in his, quæ ex eadem cauſa oriuntur, eſſe ſtatuamus, dicendum, quando pecunia ex eodem negotio viciſſim debetur, admitti poſſe compenſationem, licet debitum forte non ſit liquidum, ita ut cenſet Donellus *ad*

conteſtata, id eſt, de probatione ſuſcipienda, aut juramento præſtando nondum exſtat res judicata, ad quem adeo reus denuo citatus, recuperatis prius expenſis omnino reſpondere tenetur; Emendare, id eſt, errorem vel obſcuritatem corrigere, ſummamque majorem vel minorem, ei, quæ in libello expreſſa eſt, ſubſtituere, etiam in ipſa probatione, & ad ipſum Jurandi actum usque actori licet. Cæterum renunciare liti cœpt & novum offerre libellum, in quo alia debendi cauſa, aut aliud adeſt objectum, nunquam non eſt in actoris poteſtate. Si libellus novus ita, ut dictum, a priori haud differat, illud non, niſi ante terminum probatorium elapſum, & antequam ſuper Jurisjurandi delatione res judicata exſtat, eſt permittendum; Utroque tamen caſu, ſi quis ut modo diximus, novum obtulerit libellum omnes ſumtus Reo, antequam reſpondeat, ſunt reſtituendæ, & Actor cum Advocato ſuo ob protelatam litem, decem & amplius Uncialibus, ſive taleris pro diverſitate circumſtantiarum eſt puniendus. *O. P. S. E. I. & E. Tit. V. §. 9.*

‡ Jure Saxonico noviſſimo non niſi iis, qui per caſus fortuitos absque propria culpa fortunas ſuas amiſerunt, hoc beneficium conceditur. Determinanda ſunt alimenta, ne egeant debitores, præſtari ſolita, pro perſonarum dignitate, ita tamen, ut ſumtus illi duos Unciales hebdomadatim non excedant, eſtque ſors alendis debitoribus deſtinata, non creditoribus, quibus ex maſſa concurſus ſolvitur, pro rata detrahenda, ſed ſtatim ex bonis ſuperſtitibus præcipienda, &, beneficio illo iterum ceſſante, ſolutioni creditoribus ſequentibus ſecundum ordinem faciendæ applicanda. *O. P. S. E. I. & E. Tit. LII. §. 3.*

d. §.

d. §. pen. n. 7. Cæterum, præter eos, quibus beneficium datur, ne teneantur ultra quam facere poſſint, quod vulgo a DD. beneficium competentiæ appellatur; ſunt adhuc milites armatæ militiæ, *l. 6. & 18. de re judic.* denique filiifamiliarum, quando emancipati aut exheredati ſunt aut paterna hereditate ſeſe abſtinuerunt, vel ex parte minima ſunt instituti, etiam quando in adoptionem ſunt dati, *l. 2. & toto tit. D. Quod cum eo, qui in al. poteſt.* Fratres quoque non videntur ab hoc beneficio excludendi, quia licet expreſſa de illis nulla ſit ſanctio, tamen in *l. 63. pro* Soc. ubi dictum erat, ſocio hoc beneficium dari, additur ratio, quia fratris loco eſt; nec ego tam ineptos audeo fingere Juris conditores, ut ejusmodi rationes adducant, in quibus non idem, quod probare volunt, obtinere cenſerent, quicquid diſſentiat D. A. Matthæus *in coll. ff. diſp. 23. th. 11.* & D. Wiſſenbach. *diſp. ad Inſt. 38. coroll. 1.* Socius autem non modo omnium bonorum, ſed etiam unius rei hoc beneficio gaudet, ut Ulpianus auctor eſt in *d. l. 63.* Idem tamen in *l. 16. de Re Judic.* quod ad hoc beneficium attinet, ſocium omnium bonorum eſſe accipiendum ſcribit, quam eſſe *ἀντινομίαν ἀνίατον*, opinatur D. Wiſſenbach. *d. diſp. ad Inſt. 38. coroll. 2.* Potius eſt, ut dicamus, in *l. 16.* Ulpianum loqui generaliter de iis, qui hoc beneficium ſemper & in omnibus cauſis habent; *in l. 63.* eum de applicatione hujus privilegii ad ſocietatem agere exquiſitius; & docere, quod & ſocii particulares, ubi de rebus illis certis agitur, ab iſto beneficio non ſint excludendi: quo ſenſu non videtur Ulpianus ſibi ipſi contrarius, quod alioqui ſatis eſt *ἀπιθανόν*. Recipit adhuc extenſionem beneficium, quod marito adverſus uxorem dari ſuperius eſt dictum, nam & ad ſocerum extenditur, *l. 21. de Re Judic.* Sed actio, qua tenetur ex promiſſione dotis genero, in ſolidum exercetur, *d. l. 21.* quod tamen corrigitur *in l. ſequ.* ut, ſi manente affinitate, ſive durante matrimonio, dotis petitio fiat, hoc privilegium nihilominus competat, *l. 17. pr. Sol. matrim. l. pen. de jur. dot.* Quod ex omnibus ſolum donatorem ita facere poſſe diximus, ut æs alienum prius deducat, *l. 19. & l. 49. de Re Judic. l. 54. Sol. matrim.* hunc habet uſum; ut ſi quis ex reliquis conveniatur atque facultates ejus ſuperent debitum, in ſolidum teneatur; Nec juvat eum, ſi obtendat, habere ſe creditores alios, quibus cum ſatisfaciendum erit, ad egeſtatem ſe perductum iri: Occupantis enim melior eſt conditio, ut eſt *in pr. d. l. 19.* id eſt, qui prior e creditoribus venit, totum quod ſibi debetur, aufert, ita, uti nec hoc deducatur, quod ejusdem conditionis hominibus, adverſus quos hoc quoque beneficium competit, debetur, *d. l. 19. in pr. & §.* Denique, totum hoc beneficium eſt perſonale, quod nec heredibus neque fidejuſſoribus datur, *l. 24. & ſeq. de Re Judic.* vid. Vinn. ad *hunc loc.*

(t) *Poſ. 70. & ſeq.*

38. (t) Satisfactum eſt Juſtiniano & textui ſub hoc titulo. Superſunt tamen adhuc diviſiones quædam actionum in Arte juris valde frequentes & cognitu neceſſariæ, quarum prima diviſio eſt in actiones directas & contrarias; ſecunda in directas & utiles: De priori eſt hæc regula; (*) In quibus contractibus par utriusque onus & præſtatio eſt, ibi actio utrinque eſt directa, ut in emptione, ſocietate, finium regundorum, communi dividundo &c.

SCHOLIUM.

(*) *Clarius videtur, ſi dicamus, actionem directam eſſe, quæ perſequitur principalem obligationem ex contractu venientem; contrariam contra, quæ perſequitur obligationem ſecundariam. Obligatio autem iſta principalis eſt, quæ ſpectat ad eſſentiam contractus & ingreditur ejus definitionem; ſecundaria vero, quæ poteſt adeſſe & abeſſe, ſalva contractus eſſentia. Inde etiam facile patet, cur in empto, locato &c. actio utrinque directa ſit. Simul apparet, diviſionem hanc non eſſe actionum in genere, ſed in ſpecie actionum ex contractu vel quaſi & quidem bilaterali, venientium.*

Ubi diſpar onus & præſtatio eſt, ibi is, qui magis eſt obligatus, convenitur directe, qui minus, contraria. ſicut fit in commodato, depoſito, pignore, mandato, negotiorum geſtione &c. Ex. gr. venditoris & locatoris ad rem, emptoris ad pretium & conductoris ad mercedem obligationes æquipollent, ſicut res & pretium, uſus rei & merces. Contra, qui commodatum, qui mandatum, negotium gerendum ſuſcepit, tenetur ad exactiſſimam curam, alter ſolummodo ad impenſas reddendas. In ipſo depoſito, licet ibi tantum ſit lata culpa, tamen qui tenetur ad rem totam, plus oneris ſuſtinet, quam qui de impenſis forte an factis, an non factis, & ita in cæteris. Poſſunt autem contrariæ præſtationes ſervari vel per retentionem vel Compenſatio-

nem,

Digitized by Google

nem, vel per reconventionem, etſi directæ non moveantur, *l. 1. §. 4. & ult. de Contrar. Tut. act. l. 17. §. 1. ff. Commod.*

39. Alio ſenſu actiones directæ opponuntur utilibus, *l. 37. in pr. de O. & A. l. 47. de negot. geſt. l. 27. in fin. de Procur. & paſſim.* In ſumma, directæ ſunt, quæ ex verbis legum aut propria negotii natura fluunt, utiles, quæ per interpretationem utilitatis cauſa, ad affines caſus producuntur: exempla *in dd. ll.* & toto jure creberrima ſunt, habuimus & unum *in §. ult. de L. Aquil.* Fuerit illa diviſio VI. numero. Et VII. hæc eſto; actiones ſunt vel generales vel ſpeciales, *l. 38. §. 1. Pro ſoc.* Generales, quæ agunt de multis rebus, ut actio Tutelæ, mandati & pro ſocio omnium bonorum, familiæ erciſcundæ, *d. l. 38. §. 1. pro ſoc.* negotiorum geſtorum *plurium*, denique hereditatis petitio, quæ proprie eſt univerſalis, *l. 62. de R. J. l. 19. & 20. de Hered. petit.* Speciales ſunt, in quibus de certis & ſingulis rebus agitur, ut commodati, depoſiti, empti venditi, locati conducti, communi dividundo &c. *d. l. 38. §. 1.* VIII. Actiones ſunt vel ſimplices vel duplices. Simplices, in quibus partes actoris & rei, ſive petitoris & ejus unde petitur, evidenter ſunt diſcretæ, ut empti venditi, locati conducti &c. Duplices ſunt, in quibus par utriusque litigatoris conditio eſt, utroque tam actoris quam rei partes ſuſtinente, (*) cujusmodi ſunt, actio familiæ erciſcundæ, communi dividundo, Finium regundorum & interdicta quædam, *l. 13. de judic. l. 44. §. 4. famil. erciſc. §. pen. in fin. I. de interdict.*

SCHOLIUM.

(*) *Dicerem:* Suſtinere valente. *Non enim uterque ſimul actoris & rei partes ſuſtinet, ſed uterque ante motam litem habilis eſt, ut fiat actor vel reus. Qui vero prævenit, is poſtea actor eſt.*

N. ADDIT.

Hic nihil habuit, quod notaret Autor, & mecum conſentit. Infra vero cum ad Pandectarum titulum finium regundorum idem a me eſſet inculcatum, hanc notam ferre non potuit, ſed eam rejicere tentavit variis effugiis, quæ detecta jam ſunt ibidem in nova additione.

IX. (u) Actiones ſunt vel petitoriæ vel poſſeſſoriæ. Petitoriæ dantur ex jure in re vel ad rem, quod dicitur, aguntque vel ex dominio ad reſtitutionem; vel ex obligatione ad dationem, *§. 14. & 15. h. Vel denique ad factum, d. §. 15. h.* Poſſeſſoriæ ſunt, quibus agitur ex jure poſſeſſionis ad detentionem rei adipiſcendam, retinendam, vel recuperandam. videbimus in *tit. de Interdictis.*

(u) *Poſ. 79. &c.*

DE CONCURSU ACTIONUM.

40. Placet addere Corollarium de Concurſu Actionum, de quo nonnihil collocatum eſt in *pr. & in fin. tit. de Obl. ex del.* Eſt autem theſis hujusmodi; Si plures actiones de eadem cauſa competant eidem perſonæ, an pluribus ſucceſſive liceat uti actionibus, qui eſt concurſus cumulativus, an electa una conſumatur altera, quem *electivum* vocamus concurſum. Eandem rem eſſe oportere facile conſtat, ut quæſtioni ſit locus. Ex eadem quoque cauſa debent eſſe actiones; nam ſi negotium quidem ſit idem, cauſæ tamen diverſæ, nihil eſt ſcrupuli, quin actiones cumulentur, cujus rei monſtravimus uſum in *pr. tit. de Obl. ex del.* exemplo adjecto ex *l. 2. §. 2. de Priv. del.* quando quis eundem hominem primo ſurripuit, dein occidit, manifeſtum eſt, tam furti quam L. Aquiliæ actionem eſſe exercendam, ſicut ibi pluribus demonſtratum. Debent etiam eædem eſſe perſonæ in uſu hujus quæſtionis: diverſis enim perſonis ex eodem facto ſeorſim actiones dari, nec alteram ab altera tolli res ipſa loquitur, cujus rei extat exemplum in *l. 1. §. ult. de injur.* ut puta uxori meæ filiæfam. injuria facta eſt, & ipſi & mihi & patri ejus competit actio, nec uni per alteram præjudicatur. Hinc quoque publica judicia non conſumuntur a privatis, quæ ſuper iisdem delictis dantur, *l. un. C. Qu. Civ. act.* Adde *l. 3. §. f. Naut. caup. ſtab.* Præterea quæritur de uſu actionis unius poſt alteram; non de eo, an plures actiones uno libello conjungere & cumulare liceat, qua de re ad *tit. ff. d. Edend.* videbimus. Interim videſis, quod habet Wiſſenbachius *Diſp. 48. Inſt. th. 1.* Nec id quidem poſtremo ad hanc theſin pertinet, una actione rejecta, liceatne aliam inſtituere, quod definitur in *tit. ff. de Except. rei judic.* Nos quærimus, an qui una obtinuit actione, poſſit adhuc aliam ſuper eodem negotio inſtituere, quod ad *d. tit. de Obl. ex del.* pendere diximus ab hac regula fundamentali, *non eſſe idem bis petendum,* quæ eſt *l. 57. de R. J.* Lubenter id operam damus, ut difficilia & involuta quæque facili negotio reſolvere & *Auditoribus* quam minima cum moleſtia inſinuare poſſimus, quod & in hac obſcura definitione co-

nabimur

nabimur. Poſtulatum illius quidem regulæ facillimum eſt, opinor. Quid enim naturæ convenientius, quam ne idem bis petatur? Secundam inde regulam educimus hanc: *Una actio ſuper eadem re conſumit alteram, niſi in altera plus ſit quam fuit in priore*, quia ſi hactenus cumulentur, non offenditur regula, *Ne bis idem exigatur, l. 41. §. 1. de O. & A.*

41. Hujus rei applicatio plerisque difficultatibus in ſingulis concurſuum ſpeciebus ſufficit terminandis. Quid enim? duæ actiones rei perſecutoriæ concurrunt, Pro Socio & Communi Dividundo, Condictio Furtiva & rei vindicatio; nihil hærendum eſt, quin una tollat alteram, cum in ſingulis idem petatur, *l. 38. §. 1. ff. Pro Soc. l. 34. §. 1. & 2. de O. & A.* ſed an hic poteſt uſum habere limitatio, *niſi in una plus ſit quam in altera?* Poteſt. Exemplum ſit tale; Factum ſub pœna promiſſum eſt, datur actio in id quod intereſt ad pœnam, utraque rei perſecutoria eſt, ut dix. *tit. de Act. ad Pof. 44.* Una mota tollit alteram, niſi actio ſuperſtes plus contineat, veluti, ſi id quod intereſt ſuperet pœnam. Aliud exemplum, Vindicavi rem furtivam, habeo corpus, ſed deterius factum; ſupereſt condictio in id quod intereſt, *per l. 42. pr. D. Pro Soc.*

42. Eadem regula cum limitatione valet in pœnalibus, quando privatus in privatum agitat, nec enim duplicem ejuſdem Delicti pœnam eſſe oportet aut æquum eſt, quo facit eleganter quod eſt in *l. 41. fin. de Pœn. Iniquum eſſe, ut idem delictum variis æſtimationibus coerceatur*, ubi per æſtimationem intelligit pœnam delicti. Eo ſpectat quod ad prædictum *tit. de Obl. ex del.* diſputavimus, eum, qui privato judicio pœnam dupli vel quadrupli exegit, criminaliter ſuper eadem cauſa experiri non poſſe; adverſus eundem ſcilicet actorem; In publicis accuſationibus aliud eſt, quia non dantur iisdem perſonis, ut dictum eſt.

43. Eadem regula cum ſua limitatione, gubernat concurſum Actionis mixtæ & rei perſecutoriæ: Si enim hac prius ſit actum, mixtæ quod ad pœnam ſupereſt; quod ad ſimplum conſumitur, cum vice verſa rei perſecutoria per mixtam penitus extinguatur, *l. 35. §. ult. de O. & A.* tametſi difficultas hac parte quædam ſe prodat in actione de Calumniatoribus, concurrente cum rei perſecutoria ex eadem cauſa, in *l. 5. §. 1. l. 7. fin. pr. & §. 1. D. Calumn.* quam tu facilius capies, ubi de actione *ad tit. eund.* fuerit actum: etiam quod de actione quod met. C. occurrit in *l. 9. §. 6. ff. Quod met. cauſ.* de quibus interim adi Wiſſenbachium, *d. Diſp. 48. th. 8. 9. 10. & 11.*

44. Omnium facillima concluſio eſt de concurſu pœnalis reique perſecutoriæ actionis: cum enim hæ in diverſa tendant, fieri neceſſe eſt, ut una poſt alteram detur, idque ſine limitatione prædicta, quæ vix eſt ut terminos habiles, quod dicitur, in hoc concurſu reperiat. Quemadmodum furti actio & condictio furtiva concurſum habent cumulativum, *§. ult. Inſt. de Obl. ex del.* nec turbat *l. 71. de Furt.* modo obſerves, per furti actionem intelligi condictionem furtivam, ut etiam fit in *l. 9. de in lit. jur.* ſed in actione de *Rat. diſtrahend.* recte dixeris exceptionem contineri, cujus ratio tibi conſtabit ex iis, quæ ad *tit. ff. de tut. & rat. diſt.* collocabimus. Vide ſis interea Wiſſenb. *d. Diſp. 48. th. 14. 15.*

45. Sed duo ſunt textus, quibus fundamentum definitionis noſtræ everti videtur. Prima eſt *l. 130. de R. J.* ubi ſcriptum eſt ita; *Nunquam actiones, præſertim pœnales de eadem re concurrentes alia aliam conſumit*, quod idem fere habetur in *fin. Inſt. Si. Quad. paup. fec.*

De qua ſolicitos vide Donellum, Cujacium, Wiſſenbachium *d. diſp. 48. th. 4. & 5.* noſtro intellectu nihil eſt in iis verbis, quam id quod pro fundamento poſuimus; nunquam actiones de eadem re concurrentes ſe mutuo conſumunt, quia ſemper alia competit in id quod amplius eſt in ea, atque ita poſitis terminis habilibus; quod *præſertim* in pœnalibus habet locum, quoniam in rei perſecutoriis rarius contingit, ut in una plus quam in altera comprehendatur. Alter textus eſt in *l. 14. §. 1. de O. & A.* ubi de hoc concurſu ſic ait Ulpianus: *Si in reliqua actione tantundem aut minus ſit, id actor conſequetur*; nam hoc ita poteſt accipi, quando in reliqua actione plus eſt quam fuit in priori, id actor fert, ſive in altera actione adhuc ſit tantundem, ſive minus quam fuit in actione priore. Niſi quis uti malit emendatione Cujacii, qui pro *id* legit *nil. 3. Obſerv. 25. & lib. 15. & 13. in fin.*

Tit. VII.

Quod cum eo, qui in aliena Poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.

Continuatio & expoſitio Rubricæ. Actio Quod juſſu. Exercitoria. Inſtitoria. Communia utriusque actionis. Actio de peculio. De in rem verſo. Concurſus earum actionum. Differentia inter ſervum & filiumfam. De Sćto Macedoniano. Caſus, quibus ceſſat hoc Sc.

(a) REgulariter ex facto alterius alteri non acquiritur actio, quemadmodum nec obligatio nec dominium, ut dix. ſupra *ad pr. tit. Quib. alien. lic. vel non.* niſi per eos, qui ſunt in poteſtate noſtra; ſcil. per filiosfam. & ſervos, *§. 4. & 18. ſupra de Inutil. ſtipulat.* certisque caſibus aliis ob militatem commerciorum, de quibus *in h. tit.* Servorum enim & filiorumfam. hac parte *fere* eſt eadem ratio. Nam Imp. addit particulam taxativam, haud fruſtra, ut inferius patebit.

2. Prima, quæ ex facto ejus, qui eſt in aliena poteſtate, datur, eſt Actio QUOD JUSSU, quæ competit illis, qui cum ſervo, vel filiofam. contraxerunt, adverſus patrem vel dominum, quorum juſſu contractus eſt initus, idque in ſolidum, quia cum ipſo quaſi contrahi videtur, *l. 1. pr. Quod. juſſ.* Et quamvis alioqui diſcrimen eſt inter juſſum atque mandatum, quemadmodum *ſupra ad pr. de Attil. tut.* obſervavimus, heic tamen ſub juſſu mandatum quoque & Ratihabitio & quælibet approbatio continetur, *§. 1. h. & l. 1. D. quod juſſu.* fidejuſſio tamen a Patre facta pro filio non parit hanc actionem; ſed ordinariam ex fidejuſſione; Pater enim fidejubendo ſe pro extraneo gerit, *d. l. 1. §. 5.* Scilicet, extraneus ex juſſu non tenetur ei, qui contraxit cum juſſionario; ſed is hunc convenire debet, & qui juſſus eſt jubentem. Quod igitur in *fin. pr. d. tit. Quod juſſu* habetur; *nam quodammodo cum eo contrahitur qui jubet*, de his, qui vinculo poteſtatis cum eo, qui juſſus eſt, conjuncti ſunt, accipiendum, *arg. d. l. 1. & §. 1. h.*

3. (b) Secunda eſt actio EXERCITORIA, quæ datur his, qui cum magiſtro navis, de rebus, quibus ipſe præpoſitus eſt, contraxerunt, adverſus exercitorem, *§. 2. h.* Exercitor autem eſt, ad quem quotidianus navis reditus pertinet, ſeu propria ſive conducta ſit, *§. 2. h. l. 1. §. 15. de Exercit. Actione.* Magiſter vocatur, cui totius navis cura mandata eſt, *l. 1. §. 1. & 5. de Exercitor. Action.*

(a) *Poſ. 1. 2. 3.* (b) *Poſ. 4. & ſeqq.*

4. INSTITORIA actio datur iis, qui cum inſtitore contraxerunt de rebus terreſtribus, quibus ille præpoſitus eſt, adverſus Dominum negotiationis, *d. §. 2.* Ratio, quare domini tabernarum & Exercitores his actionibus teneantur, eſt manifeſta, quod eorum voluntate negotium intelligitur eſſe geſtum cum iis, quos negotiationi præpoſuerunt: quippe inſtitor eſt idem in taberna, ſive in officina, quod magiſter in nave, ideoque tabernarius dicitur in *l. 5. §. 7. de Inſtit.* ſive taberna ſit tantum negotiationis cauſa, ſive operis faciendi gratia, unde ἐργαστήριον tabernam & inſtitorem ἐργαστηριάρχην appellant gloſſatores Græci. Nihil differunt hæ duæ Actiones, quam quod exercitoria de maritimis rebus, altera de negotiatione terreſtri datur.

5. Reliqua ſunt communia; veluti, *Primum*, quod utraque ad omne genus contractuum pertinet, modo inſtitor & magiſter illis ſint præpoſiti. *Secundum*, Utraque eſt perpetua, tam heredibus quam in heredes competens. *Tertium*, quando plures ſunt exercitores aut Domini tabernarum, qui unum habeant magiſtrum vel Inſtitorem, tum ſinguli in ſolidum tenentur (quod tamen hodie non obſervatur, Grot. *2. de J. B. & P. c. 11. num. 23.*) *l. 1. §. ult. & l. ſeqq. de Exercit. Act.* Si vero ipſi exercitores aut domini per ſe navem tabernamve exerceant, nihil fit præter regulam, verum ſinguli pro ſuis partibus teneantur, *dd. ll.* ut fit in omni obligatione. *Quartum* commune eſt, quod exercitoribus & dominis tabernarum non datur Actio adverſus eos, qui contraxerunt cum Magiſtris & Inſtitoribus, niſi quando hi ſolvendo non ſunt *l. 2. de Inſtit. act.* nam alioquin hi dominis & Exercitoribus damnum refundere debent, *l. 2. de Inſtitor. act.* *Quintum* commune *diximus alias*, quod ipſi Inſtitores & magiſtri a contrahentibus etiam immediate poſſunt conveniri, finito quoque officio; eo quod juris ratio non ferat, ut qui contraxit, ipſe non teneatur; Cui nec obſtet *l. ult. D. de Inſtit.* quaſi non loquatur de contractu,

ſed

Digitized by Google

ſed de ſimplici declaratione, ut liqueat e textu. At in *poſit. 10. ad h. t.* deinde viſum fuit potius accedere ſententiæ Sandii *lib. 3. tit. 7. def. 1.* tanquam civiliori, nec a ratione juris alienæ, quod nec fugit D. Thomaſium, qui ſic ait:

SCHOLIUM.

Receſſit hic Autor ab opinione, quam fovet in prælect. n. 5. tit. XVI. l. III. *quam videtur hauſiſſe a Wiſſenb. quem vide* ad tit. ff. de inſtit. act. th. 19. *Et recte quidem; Nam reſponſionem, quæ datur a Wiſſenb. & in prælect.* ad l. ult. h. t. *non ferunt verba* d. l. ult. NEC jure &c. NEC æquitatem &c. *Ad dubia vero, quæ moventur in contrarium* dd. ll. *facile reſponderi poterit ex Sandio,* l. præd.

Denique VI. & hoc eſt commune, quod utraque non tantum per ſervos navi tabernæve præpoſitos comparetur, ſed etiam per liberos homines, ob æquitatem ſuperius demonſtratam, quæ fundamentum habet in conſenſu præponentium & utilitate commerciorum, *h. §. 2. l. 1. §. 4. de exercit. act. l. 7. §. 1. & l. 8. de Inſt. act.* Videtur tamen hæc eſſe differentia inter exercitoriam atque Inſtitoriam, quod exercitor non tantum teneatur ad præſtandum ſolius magiſtri factum, ſed etiam ejus, quem magiſter ſibi ſubſtituit, quod de inſtitoria nusquam eſt ſcriptum. Ratio diverſitatis peti poſſe videtur a neceſſitate, in qua ut plurimum conſtitutus eſt magiſter, eoque caſu locus, occaſio, res non patiuntur deliberandi conſilium; quod ſecus in inſtitore, ubi res patitur, ut de ejus conditione quis diſpiciat. Hæc ratio probatur ex *l. 1. de exercit. act. in pr.* ibique ſuum obtinet uſum; ſed differentia ipſa ibi non collocatur, niſi quod in *§. 5.* habetur, *facilius hoc in magiſtro quam in Inſtitore admittendum,* quæ verba, licet ſola, ſi conferantur *cum pr. ejusd. l.* forte non ſufficiant, juncta tamen ei, quod de inſtitoria id nusquam eſt proditum, ſufficere videntur ad probationem. Perez. *erotem. h. t. & ad tit. C. de Exerc. act. n. 10.* Altera differentia hæc eſt, quod Exercitoria tenetur in ſolidum Pater, cujus voluntate filius exercuit nauticam negotiationem; ſed Inſtitoria non tenetur in ſolidum Pater, licet eo volente filius merces peculiares exerceat, ſed venit in tributum una cum creditoribus peculiaribus, *l. 1. §. 19. & 20. de Exerc. act.* ubi & ratio, *quia ad ſummam Rempubl. navium exercitio pertinet.* Perez. *ad h. t.*

(c) *Poſ. 14. & 15.*

6. (c) Quarta actio ex facto alieno eſt TRIBUTORIA, quæ datur Creditoribus ſervi aut filiifam. contra Patrem vel dominum, ex eo, quod inique merces peculiares inter ſe & reliquos Creditores diviſerit, *§. 3. h.* Proinde non datur ad petendam diviſionem ipſam, ſed ad correctionem doli in diviſione commiſſi, nunquam aliter, *l. 7. §. 2. & l. ult. D. de Tribut. Action.* Obſtare videbantur verba Juſtiniani in *d. §. 3.* ubi; *ita prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, ſi quid ei debebitur & cæteros creditores pro rata portione diſtribuatur & ideo tributoria vocatur.* quæ verba Weſenbecio *ad h. t. ff.* impoſuerunt, ut tributoriam de ipſa diſtributione mercium primitus facienda dari putaret: quod refellitur ex *d. l. 7. & ult.* Hunc locum bene Theophilus interpretatur: *προσέρχονται οἱ κρεδίτωρες τῷ πραίτωρι, καὶ ἀναγκάζει τὸν δεσπότην ἀγαγεῖν εἰς μέσον τὰ φορτία.* Creditores adeunt Prætorem, qui dominum cogit merces in medio collocare; quibus diſtractis, pergit Theophilus, ſi quid ſuperfluum ſit, tum demum, *δοθήσεται τριβουτώρια κατὰ τὸν δεσπότην,* tributoria adverſus dominum dabitur. Ex quibus verbis intelligimus, quod Prætor omnium primum fecit, id eum non per modum actionis atque judicis dari, ſed extra ordinem facere ſolitum fuiſſe.

SCHOLIUM.

Oritur ergo actio tributoria ex delicto, Wiſſenb. ad ff. de tribut. act. th. 24. Not. ad Strauch. XXII. 6. pag. 304. *quamvis Dn. Schilt.* Ex. 27. §. 48. *putet eſſe ex quaſi contractu. De uſu moderno dixi* ad Strauch. d. l. *quibus tamen adde Dn. Schilt.* d. l. §. 47. 49. 50. 51. 52.

RESPONSIO.

Si de ipſa diviſione in hac actione ageretur, nihil melius foret, quam ex quaſi contractu eam derivare, qui recipit etiam doli præſtationem. Sed quia tantum arguitur dolus in diviſione facta commiſſus, magis eſt, ut ex delicto videatur, id eſt, ex facto malefico, ſicut eſt actio contra menſorem, qui falſum modum renunciavit, contra falſum tutorem & ſimiles, imprimis ipſa doli actio. Atqui non eſt de dolo *hac actio*, quamvis non aliter quam dolo interveniente competat. l. 8. de Tribut. act. *Tu dic, non eſt de dolo, hoc eſt* ad dolum puniendum, *ſed ad* rei perſecutionem, *ut habet*

idem textus. Dari autem delicta rei perſecutoriæ actionis, jam dictum & adhuc dicendum eſt.

N. ADDIT.

Non eſt hæc reſponſio ad noſtrum ſcholium, ſed ejus declaratio. Quare non eſt, ut aliquid excipiam.

7. (d) Quinta eſt actio de peculio, quæ datur ex contractu, vel quaſi-contractu ſervi aut filiifam. contra patrem vel dominum juxta eam quantitatem, quæ eſt in peculio, *§. 4. h.* Ratio autem peculii ſic initur, ut id, quod Patri dominove debetur, prius deducatur, *d. §. 4. l. 5. §. ult. de pecul.* Ut & quod frater in ejusdem Patris poteſtate debet fratri ſuo, *l. 6. pr. l. 9. §. 3. de Pecul.* Intelligitur autem peculium duntaxat profectitium; nam de Caſtrenſi filius ipſe tenetur, ut paterfamilias; de advenititio Pater quidem tenetur, ſed tanquam legitimus adminiſtrator, non actione de peculio, *l. 18. in fin. de caſt. pecul. l. 6. l. ult. C. de bon. quæ lib.* Accedit hæc ratio, quod omnes hæ actiones Prætoriæ dantur ex facto adeoque ex voluntate Patris vel domini, ſicut ex inductione ſingularum ſpecierum intelligitur; Sed peculium adventitium non venit ex facto aut voluntate Patris: unde liquet, ne quidem hac actione teneri Patrem de peculio adventitio, cujus ipſe plenam cum uſufructu habet adminiſtrationem, ut videtur D. Wiſſenbachio *parte I. Pand. diſp. 29. th. 6.* Nec enim ulla cauſa reddi poteſt, quare hoc caſu filius Patris commoda minuere poſſit.

8. *Sexta* eſt Actio de in rem verſo, qua Pater vel dominus tenetur, quatenus e contractu filii vel ſervi patrimonium eorum ſit auctum, *d. §. 4.*

SCHOLIUM.

Quæ iterum oritur ex quaſi-contractu. Not. ad Strauch. d. l. & *hodiernum uſum habet de geſtis famulitii noſtri.* Dn. Schilt. d. l. th. 94.

RESPONSIO.

Exiſtimavi, hanc actionem eſſe qualitatem adjectitiam aliarum actionum, ut ad fin. h. t. *videbimus, non actionem ſuæ naturæ atque diſtinctæ originis; ut non tam ex quaſi-contractu repetenda, quam ad quemlibet contractum, cui accedit, referenda ſit.*

N. ADDIT.

Et ego exiſtimo, actionem hanc eſſe qualitatem adjectitiam aliarum actionum. Exinde tamen non ſequitur, eam, quatenus habet diſtinctum objectum perſonale ab illa actione, cui adjicitur, non habere poſſe etiam diſtinctam originem, v. g. Actio ex empto de in rem verſo, eſt quidem ex empto quatenus cum filio vel ſervo contractum eſt, interim tamen nullum eſt dubium, dominum vel patrem, qui non contraxit, haudquaquam teneri directo ex illo contractu. Hinc quæritur, quænam ergo ſit ratio, cur teneatur? Reſpondetur, quia in rem ejus verſum eſt. Habes hic factum innoxium, & regulam æquitatis naturalis, neminem debere locupletari cum alterius damno. Ergo habes quaſi-contractum.

Differre autem hanc ab actione de peculio, ſatis indicat ipſa definitio in *h. §. 4.* quia ſæpe fit, ut actioni de in rem verſo locus ſit, cum nihil eſt in peculio; e contra, ut nihil ſit in rem verſum, cum tamen peculium abundat. Atqui dicuntur eſſe una & eadem Actio in *eod. §. 4.* idque ideo, quia clauſula unius actionis alteri pro ſupplemento adjicitur: Ita, ut ſi in peculio tantum non ſit, quantum debetur, id ex eo, quod in rem verſum eſt, ſuppleatur, & vice verſa. Proinde utraque actio in eodem libello conjunguntur atque cumulantur. Theophilus hæc paulo confuſius *παραφράζει.* Debet autem utiliter in rem verſum eſſe, ut actio detur, non voluptuarie, *l. 3. §. 4. de in Rem verſo.* quatenus ſcilicet verſum eſt, ſive pro parte, ſive in totum, *l. 10. §. 4. & 6. d. tit.* Quid ſi res quidem patris vel domini in eo ſtatu fuerit, ut in rem verti opus eſſet, in eventu tamen pecunia vel res in utilitatem domini non ceſſerit, velut, ſi frumentum arſerit vel corruptum ſit? actio nihilominus durat, ut docet Ulpianus in *l. 3. §. 7. l. 17. in pr. de in Rem verſ.* At idem in *l. 10. §. 6. eod.* ſic ait; *verſum autem ſic accipimus, ut duret verſum.* Sed ipſe id explicat, ſi pater filio ſolverit jam, quod in rem ejus verterat, tum videlicet, hæc actio ceſſat.

9. (e) Cæterum, cui datur Inſtitoria, Exercitoria, quod juſſu, hic etiam actionem habet de peculio, & de in rem verſo, ſed his actionibus non utitur, quia priores ſunt meliores, cum in ſolidum competant, ſecus ac de peculio, de in rem verſo, quæ ſunt inſuper difficilioris plerumque probationis. Perinde, qui habet Tributoriam, is quoque de peculio actionem habet, ſed aliquo reſpectu Tributoria eſt melior, aliquo reſpectu de peculio actio. Tributoria, quoniam ibi conditio Patris vel Domini non eſt melior, quam aliorum creditorum, *l. 1. de Tribut. Act.* quod ſecus eſt in Actione de peculio,

(d) *Poſ. 16. & 17.* (e) *Poſ. 21. 22.*

ubi Pater & Dominus deducunt, quod ſibi debetur, *d. l. 1. & §. 4. h.* Rurſus de peculio Actio eſt melior, quoniam in hac agitur de toto peculio, in Tributoria tantum de mercibus, in quibus ſervus aut filiusfam. erat negotiatus; quæ eſt ſententia *§. 5. h. t.* ubi Theoph.

10. Quæ hactenus dicta ſunt, perinde filiisfam. ac ſervis conveniunt; in hoc tantum eſt diſcrepantia, quod Dominus ex mutuo per ſervum contracto, peculio tenus obligatur, ſed filiusfam. pecunia mutuo accepta, nec patrem obſtringit, nec ipſe obligatur, uti mox; quamvis alioqui filiusfam. perinde ac Paterfam. teneatur, *l. 39. D. de Obligation. & Action.* cum ſervus non niſi naturalis obligationis ſit capax, *l. 14. eod. tit.* Etiam in aliis cauſis ſervi obligatio minus quam filiifam. eſt efficax; Etenim, ſi ſervus fidejuſſerit extra cauſam peculii, ſi judicium acceperit, ſi compromiſerit, aut jusjurandum detulerit, ex his cauſis in dominum actio de peculio non datur, ſecus in filiofam. *l. 3. §. 5. & ſeqq. l. 5. §. 2. de pecul.*

11. (f) Sed mutuum pecuniæ excipitur SCto Macedoniano, ita dicto a Macedone quodam, improbo fœneratore, *l. 1. de Sc. Maced.* Ratio exceptionis eſt, quod filii ære alieno obſtricti parentibus erant graves, ac ſæpe eorum vitæ inſidiabantur, *d. l. 1. D. de SC. Maced.* Atque ita liquet, in gratiam Patris, denique & in odium fœneratorum hoc SCtum eſſe introductum: unde filiusfam. ei non poteſt renunciare, *arg. l. 29. verſ. omnes. C. de Pactis. l. 40. de condict. ind.* ſecus ac mulier Sc. Vellejano, quod in ejus favorem ſimpliciter eſt conſtitutum, ne ex interceſſionibus teneatur, *l. ult. §. pen. Sc. Vellej.* Fachin. *2. controv. 62.* Bronch. *2. Antin. 40. & 1. Miſcell. 62.*

12. Ceſſat tamen SCtum Macedonianum, 1. ex perſona filiifam. ſi habeat peculium Caſtrenſe vel quaſi-Caſtrenſe. Item ſi ſe mentitus ſit eſſe Patremfam. aut ſi publice pro tali ſit habitus, *l. 3. in pr. D. & l. 1. C. de Sc. Maced.* 2. Ceſſat reſpectu Patris, ſi ſciverit, multo magis ſi juſſerit aut ratum habuerit, *l. 12. & 16. eod.* vel pecunia in rem ejus verſa fuerit, *l. 7. §. 12. eod.* 3. Reſpectu contractus ceſſat, ſi pecunia in res utiles ſit credita, veluti in ſtudia; modo non ultra modum, *l. 7. §. 13. ejuſd. tit.* ceſſat quoque in aliis rebus mutuo datis extra pecuniam, niſi in fraudem SCti ſint datæ, *l. 7. §. 3. eod.* item quando mutuum dotis cauſa neceſſario acceptum eſt, *d. l. 7. §. 2.* 4. Ceſſat reſpectu creditorum, 1. ſi minor dederit mutuum majori, quia validius eſt privilegium ætatis quam SCti, *l. 11. in fin. de minor.* unde ſequitur, ſi minor dederit pecuniam filiofam. æque minori, ceſſare hanc exceptionem. 2. Si creditor neſciverit eſſe filiumfam. *l. penult. d. t.*

13. (g) Sciendum autem, Actiones Prætorias, quæ h. t. traduntur, eſſe obliquas, nec omnino ſpecies actionum diſtinctas, verum adjectitias duntaxat qualitates aliarum actionum, ut empti exercitoria, conducti exercitoria, condictio certi exercitoria, condictio quod juſſu, ac ita in cæteris. Præter eas vero actiones obliquas, dantur etiam ex iisdem cauſis, & adverſus easdem perſonas, directæ condictiones, quæ ſunt civiles, *§. ult. h. t.* Quid igitur opus fuit dari prætorias? Tu dic; Prætor has Actiones videtur introduxiſſe, antequam civiles eſſent in foro receptæ; vel non raro Prætorem edicere de rebus, quæ jam antea civiliter erant conſtitutæ, *arg. l. 1. D. Commodati.*

Tit. VIII.
De Noxalibus actionibus.

Definitio actionis Noxalis & ratio. Vis hujus actionis &c. Diviſio. Cujus generis ſit actio. Quid juris ſit in delicto filiifamil.

N*Oxalis actio* datur ex delicto ſervi adverſus dominum, in hoc, ut vel damnum ſarciatur, vel ſervus noxæ dedatur, *pr. h.* Ratio, cur ſervus ex delicto etiam in domini præjudicium, valide ac civiliter obligetur, (cum ex contractu tantum naturaliter teneatur, *l. 14. de O. & A.* idque ſine regreſſu ad dominum, niſi ex prævio ipſius facto, ut ad *tit. praced.* intelleximus) ratio, inquam, obſcura non eſt. Primo enim, publicæ diſciplinæ vigor acrius urget animadverſionem delictorum, quam contractuum; & dein, delicta invitos homines lædunt, contractus ab ſervo

(f) *Poſ. 13. & ſeqq.* (g) *Poſ. 30. 31.*

Digitized by Google

cum volentibus ineuntur, qui ſibi imputare debent, quod cum ſervo homine contraxerunt. adde Cujac. *tract. 7. ad Afric. in l. 21. §. 2. de fidejuſſ.*

SCHOLIUM.

Hæ rationes non perſuadent; potius dicendum, actiones noxales oriri reſpectu domini, ex quaſi-contractu.

RESPONSIO.

Nimis liberalis eſt quaſi-contractuum Scholiaſtes. Quid adſine contractui admittat dominus in delicto ſervi, ipſo invito admiſſi, haud facile dixeris. Nihil ſimplicius, quam eſſe qualitates adjectitias actionum ex delicto, ut videbimus n. 3.

N. ADDIT.

Hanc vero ultimam reſponſionem de qualitate adjectitia, nihil inferre, jam oſtenſum ad tit. præced. n. 8. *Et autor eo ipſo, dum in rationem peculiarem harum actionum inquiſivit, eam illationem refutat. Res ita ſe habet: Servi obligantur etiam Jure civili ex delicto. Saltem quæſtio eſt, cur in præjudicium Domini, cum tamen ſervus alias non poſſit Domini conditionem deteriorem reddere. Reſpondetur: Si ſervus delinquens non eſſet in dominio, poſſet actor ipſum ex delicto convenire, & ſi non haberet in ære, ejus corpori incumbere. Hoc quo minus fieri poſſit, obſtat alterius dominium. Cum vero dominus alias ſentiat lucrum ex ſervo, æquius eſt, ut is damnum patiatur & incommodum, quam qui per ſervum eſt læſus. Ne tamen & ſic domini conditio a ſervo reddatur deterior, & ultra lucrum dominus gravetur, liberatur dominus noxæ deditione, cum ita, ut modo diximus, actor non habeat, quod conqueratur.* conf. Struv. Ex. 14. th. 18.

2. Æſtimatio damni proprie eſt in obligatione, noxæ deditio in præſtatione, qua reus beneficio legis ſe liberare poteſt, *l. 6. §. 1. de re jud.* Utraque ſententiæ quidem inſeritur, *§. 1. infra de off. jud.* ſed æſtimatio damni principaliter, noxæ deditio per conſequentiam, *d. l. 6. §. 1.* quatenus durum & iniquum viſum eſt, ut ſervus domino ſupra corporis ſui pretium noceret; cum alioqui traditum ſit, non poſſe ſervum domini conditionem facere deteriorem, *l. 133. d. R. J.* Noxæ & noxiæ diſcrimen, quod eſt in *§. 1. h. t.* ut noxa ſit corpus quod nocuit, noxia delictum ipſum; minime perpetuum eſt, cum noxa & noxia paſſim pro maleficio promiſcue accipiantur, *l. 1. l. 2. §. 1. l. 14. de Nox. act.* Vinn. *ad §. 1.* Noxæ autem deditionis hic eſt effectus, ut dominium ſervi tranſeat in eum, cui actio e delicto noxalis competit, ut tamen idem ſervum, qui confecta pecunia damnum ei refudit, dimittere cogatur. Eoque caſu ſervi etiam dominus eum manumittere compellitur, *§. 3. h.* Si dominus ſervum defendere velit, poteſt eum deſtituendo ſtatim liberari, *l. 33. d. tit.*

3. Dividuntur hæ actiones in civiles & prætorias. *Civiles* dantur ex maleficiis, quæ Legibus puniuntur, ut furti nec manifeſti noxalis, damni ex *L. Aquilia* noxalis, Injuriarum ex L. Cornelia noxalis &c. *Prætoriæ*, ex maleficiis, quæ prætor edicto ſuo punivit, ut noxalis injuriæ verbalis, noxalis vi bonorum raptor. *&c.* Quippe noxales actiones non ſunt etiam diſtinctæ ſpecies, ſed tantum acceſſoriæ qualitates aliarum Actionum.

4. Illud palam eſt, in perſonam actiones eſſe, cum ſint ex delicto; videntur tamen in rem ſcriptæ, quia dantur adverſus poſſeſſorem ſervi; nam noxa caput ſequitur, etſi tempore delicti commiſſi fuerit in alterius dominio, *§. 5. h. l. 20. & l. ult. h. t. l. 1. C. eod.* Hæc autem regula: Noxa caput ſequitur. etiam huic caſui accommodatur, quo ſervus, delicto perpetrato, manumiſſus fuit, *l. 1. §. 18. Depoſ. l. 4. C. An ſerv. pro ſuo fact.* quod hactenus verum eſt, quatenus actio contra manumiſſum ſine dubio datur, at minime noxalis, verum directa ex ipſo delicto, *d. l. 4. & l. 15. de condict. furt.* quemadmodum & contra, ſi liber homo, delicto perpetrato, ſervus eſſe cœperit, hoc quoque caſu noxa caput ſequitur, ita ut actio, quæ prius directa competebat, jam facta ſit noxalis, *§. 5. in fin. h.* adde *l. 7. §. 1. de cap. min. l. 2. in fin. de priv. delict.* Cæterum, dominus ex delicto ſervi ſui, nullo caſu actionem habere poteſt, ne quidem ſi poſtea ſit manumiſſus, ut pluribus habes in *§. 6. h. t.*

5. Olim quoque ex delicto filiifam. noxaliter agebatur, *§. ult. h.* quemadmodum per omnia fere Patria poteſtas æque rigida fuit ac dominica; ſed hodie ipſemet ex delicto ſuo filius f. convenitur, non pater, *d. §. ult. in fine.** quanquam in patrem poſt condemnationem actio

* Uſu moderno ex delicto filiifamilias non conceditur adverſus patrem actio, ne quidem ad mulctæ ſolutionem juxta legitimæ quantitatem: hæc enim poſt mortem demum debetur. Ceu pro patre ob vul-

judica-

judicati exercetur, *l. 3. §. 11. de pecul. l. 35. de Nox. act.* Quod ſi non habeat unde ſolvat, corporaliter puniendus eſt, *l. 1. §. ult. D. de Pœnis.* Unde regula vulgata, qui non habet in ære, luat in pelle: * quæ non alibi locum habet quam in delictis, quibus pœna pecuniaria eſt impoſita, *d. l. §. ult.* Cæterum, ad publica delicta, ne quidem deditio ſervorum pertinet, *§. ult. h.* quippe in publicis delictis agitur de animadverſione, qua homines alii ab ſimilibus auſis deterreantur, non de mulcta pecuniaria actori applicanda, vel de æſtimatione damni: verum actio noxalis ſupponit actorem, qui æſtimationem damni quærat, ut ex definitione apparet.

TIT. IX.

Si Quadrupes Pauperiem feciſſe dicetur.

Actio de pauperie quadrupedaria. Concurſus ejus actionis cum Ædilitia.

NOxali ſimillima eſt actio, de damno per quadrupedem dato, quod *pauperiem* vocamus. Etenim pauperies eſt damnum ſine injuria facientis datum, hoc eſt, a pecude, quæ ut juris, ita & injuriæ incapax eſt, *l. 3. §. 1. h. t.* utcunque aliquod ejus veſtigium appareat in *d. l. 1. §. 11.* ubi diſtinguitur inter culpam animalis provocantis & innocentiam provocati, qua in re videtur aliquam rationem habuiſſe Juris ejus, quod Plutarchus probat *in lib. τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι, Irrationalia ratione uti.*

SCHOLIUM.

Malim rationem deciſionis in eo quærere, quod beſtia provocans contra naturam generis læſerit, provocata vero ſecundum naturam.

De pauperie datur ei, qui paſſus eſt damnum, hoc eſt, domino, vel ei, cujus intereſt, *l. 1. §. ult. & l. 2. h. t.* adverſus dominum quadrupedis actio, in hoc, ut vel damnum ſarciat, vel quadrupedem dedat, *d. l. & pr. h.* ** Locum autem habet, quando quadrupes contra naturam generis ſui, non ex ingenita feritate nocuit, nec etiam, ſi irritatus ſit quadrupes, aut ob onus nimium, aut errore ductoris nocuerit. Nam priore caſu nulla eſt Actio, niſi in duplum adverſus eum, qui canem, aprum, verrem, aut aliud animal noxium, juxta viam publicam habuit, *§. ult. h.* Altero autem caſu, ſi pecus irritatum ſit ab eo, cui nocitum eſt, ipſe ſibi imputet; ſi ab alio, tunc ille tenetur *ex L. Aquilia* utili, vel in factum Actione, *§. ult. d. L. Aquil. in fin. h. t.* Eſt præterea de paſtu pecoris actio ex L. XII. Tabb. *l. 14. §. 3. præſ. verb.* ipſum tamen pecus non includetur, niſi dominus ignoretur, *l. 39.*

nerationem a filio factam zu Zahlung des Artztlohns convento, *pron. Fac. Lipſ. m. Apr. 704.* conf. Berlich. *P. 3. concl. 14. num. 18.* Coler. *Deciſ. 39. n. 9.*

** De Uſu hujus regulæ, quæ *l. 7. §. 3. de juriſd. l. 25. ff. de in Jus vocand. l. ult. C. de mod. mult. c. 5. X. de dol. & contum.* confirmatur, in Saxonia ſatis conſtat ex *Ord. Cur. Prov. Wittemberg. rubr.* Von der Leuterung. §. und nachdem. ubi temere appellantes, ſi multam præſtare nequeant, corpore pœnam dare jubentur, verb. am Leibe ſoll geſtrafet werden. *Corp. Juris Sax. p. 142. conf. Privileg. Lipſienſis Senatus*, wegen muthwilliger Appellationen und unnöthigen Proceſſen. §. Wenn es aber gar arme und unvermögende Leute betrifft, ſo die angeſetzte Geld-Straſe nicht zu bezahlen hätten, die ſollen anſtatt derſelben nach Befindung, ꝛc. Leipzig. *Statuta pag. 274. it. ex Ordin. Prov. de Ann. 1555. rubr. Conſiſtoria.* §. Würde ſich aber. *Mand. Elect. de An. 1626. d. 24. Febr.* §. Und begehren. *Ordin. Polit. de Ann. 1661. Tit. 17.* von Kind-Tauffen. §. 3. aliisque pluribus textibus. adde Menck. Diſput. de Tergo ſubſidiario, vulgo von der Bezahlung mit der Haut.

* Jure Saxonum Dominus animalis hanc electionem amittit, ſi animal, quod damnum dedit, ad ſe recipiat, ſic enim, modo pauperiem ab eo factam ſciverit, damnum datum præciſe præſtare jubetur. L. R. *L. 2. art. 40.* Zobel. *P. 1. diff. 8. n. 6.* Carpzov. *Prax. Crimin. qu. 131. n. 19.* Thomæ *de nox. anim. cap. 10. n. 32.* Tenetur ergo animal abigere, id eſt, ut Schilrer. *ad ff. Ex. 18. §. 6.* ex moribus & æquitate explicat, ad judicem deducere, quo facto ipſe ab omni obligatione liberatur, licet (α) læſus beſtiam nolit recipere, ea enim tunc pro derelicta habetur, adeoque a Judice retineri, aut a quocunque occupari poteſt. Schilter. *l. c. 5.* Richter. *Dec. 5. n. 32.* aut (β) animal ad dominum, qui expulit, revertatur; ſatisfeciſſe enim videtur ſuo officio, qui id illico abegit.

§. 1.

Digitized by Google

§. 1. de Leg. Aquil. tametſi in paſcua Principis immiſſum animal, ibidemque repertum fiſco pro noxa cedat, *l. 1. C. de fund. & ſalt. domin. l. 11.* De glande a ſuibus alienis comeſta, datur actio ad exhibendum in id quod intereſt, *l. 9. §. 1. ad Exhib.* vel in factum, *l. 14. §. fin. præſc. verb.* ſc. quatenus in una plus eſt quam in altera; nam ſi utraque darentur in ſolidum, tum idem bis peteretur, quod bona fides non patitur. Per hanc enim regulam judicandum eſt, quando concurſus Actionum ſit electivus, quando cumulativus, ut dictum in *fine tit. de obligat. ex del.* & modo inprimis *ad fin. tit. de Action.* ita ut ſemper conſideretur, ſitne aliquid in una actione, quod non fuit in altera. Nam ſi leviore prius ſit actum, gravior adhuc ſupereſt in id quod in ea plus reperitur. Ac ita, inquam, capiendum videtur, quod in fine *h. t.* ſcriptum eſt, *Nunquam actiones de eadem re concurrentes alia aliam conſumit*, ſed durat agendi jus, donec actor id quod maximum eſt in ulla actione de re iſta, ſit adeptus; *præſertim pœnales*, ait textus, quia in his concurſus plurium actionum multo frequentior eſt quam in rei perſecutoriis. Eadem regula ſic habetur in *l. pen. de O. & A. l. 130. de R. J.*

2. Sed roget aliquis; quo pacto fieri poteſt, ut actio ædilitia cum quadrupedaria concurrat? nam ædilitia de canibus & de feris animalibus ſcripta eſt, & de his quadrupedaria non competit. Reſponſio eſt, utilem quadrupedariam de illis dari, *l. 1. §. 14. h. t. l. pen. eod.* quamdiu ſcil. quadrupes in poteſtate cuſtodiaque prioris domini manet: Etenim ſi effugerit, hæc actio ceſſat, *h. pr. verſic. denique ſi urſus.*

SCHOLIUM.

Sed l. 1. *§. 14. nihil probat. In lege penultima vero* aliud animal, *non opponitur* manſueto, *ſed* quadrupedi. *Et pugnat hæc aſſertio, quod actio utilis quadrupedaria detur de damno per feram beſtiam dato, cum Philoſophia Ulpiani in tota* l. 1. h. t. *imo & ipſius Triboniani,* in pr. h. t. *Videtur itaque, ſi dicere licet quod res eſt, clauſula iſta in §.* 1. h. t. *Triboniano ex incogitantia excidiſſe.*

RESPONSIO.

Pro l. 1. *§. 14. poni debet §. 4. ex quo conſtat, verba Edicti fuiſſe generalia, quæ a JCtis limitationem acceperunt, qualis ibi & in l. pen. Non eſt diſerte illic de feris beſtiis; ſed Juſtinianus non minorem habeat auctoritatem quam JCti, hac in parte; ut potius utilem actionem ad eam ſpeciem extendamus, quam inutilem conditoris Artis negligentiam increpemus. Eadem eſt reſponſio Vinnii. Plura alias.*

N. ADDIT.

Mire caſtratum eſt Scholium noſtrum & capite, & medio, & fine carens. Ergo ante omnia integrum reſtituamus. Poſitum erat ad verba, ubi dicebatur in poſitione, quod hæc actio detur, ſi contra naturam generis ſui damnum dederit beſtia. Adjeceram; Wiſſ. h. t. th. 2. Eſt enim inventa hæc actio in his caſibus, ubi lex Aquilia ceſſat, unde pauperies per feras beſtias data huc non ſpectat, ſive enim fera damnum dederit, quæ eſt nondum occupata, nemo qui conveniri queat adeſt, ſin occupata ſit, tum abſque culpa vel læſi, vel domini, vel tertii, damnum dari nequit. Non obſt. *§. ult. h. t.* ad quam varie reſpondent Dd. *Reſponſio eſt*, inquit autor *in prælect. n. 2, utilem quadrupedariam de iis* (feris beſtiis) *dari, l. 1. §. 14. h. t. l. pen. eod. quamdiu ſcil. quadrupes in poteſtate cuſtodiaque prioris domini manet. Etenim ſi effugerit, hac actio ceſſat, h.* princ. verſ. denique ſi urſus. Sed *l. 1. §. 14.* nihil probat. In lege penultima vero *aliud animal*, non opponitur *manſueto*, ſed *quadrupedi*. Et pugnat hæc aſſertio, quod actio utilis quadrupedaria detur de damno per feram beſtiam dato, cum Philoſophia Ulpiani *in tota l. 1. h. t.* imo & ipſius Triboniani, *in pr. h. t.* Melius forte ad mentem Triboniani eſt aliorum reſponſio, concurſum actionis de pauperie cum actione ex ædilitio edicto, ibi memorari ſaltem reſpectu canum, qui ad beſtias manſuetas pertinent. Dico: ad mentem Triboniani. Nam ad mentem legis XII. Tabb. & Ulpiani nec hoc eſt. Sed *etſi canis*, inquit *l. 1. §. 5. h. t. cum duceretur ab aliquo, aſperitate ſua evaſerit & alicui damnum dederit, SI PER EUM LOCUM induci non debuit, hæc actio ceſſabit, & tenebitur qui canem tenebat.* Videtur itaque, ſi dicere licet quod res eſt, clauſula iſta in *§. 1. h. t.* Triboniano ex incogitantia excidiſſe, quod oſtendunt inſuper voces: *præſertim pœnales.* Ex quibus conſtat, eum hanc actionem pro pœnali habuiſſe, iterum contra mentem Ulpiani & legis XII. Tab. ut jam dicetur. Eſt enim ex quaſi-contractu ob æquitatem naturalem, per ea, quæ Dn. Struv. *Ex. 14. th. 8.* Dn. Pufend. l. 3. & 4. *J. N. & G.* c. 1. *§. 6.* Ad quaſi-delictum videtur eam referre Dn. Schilter *Ex. 19. th. 2.* quod forte magis ad mores Saxonum, de qui-

Digitized by Google

quibus *th. 3.* quadrabit, quam ad legem XII. T. *Jam videamus reſponſionem Autoris.* De L. penult. *jam in Scholio dictum, & videtur hic conſentire Autor. Sed* §. 4. l. 1. *pro Autore nihil probat, quia hic* §. *non eſt ſeparandus a* §. 7. *ſed cum eo conjungendus. Adde, quod JCti verba edicti generalia limitaverint non pro ſuo arbitrio, ſed ex natura negotii, ut videlicet actio hujus edicti ſecerneretur ab actione Legis Aquiliæ. Non minorem porro Juſtinianus habuit autoritatem quam JCti, fateor, ſed non tantam, ut intellectui legem ponat & naturas rerum mutet. Præprimis autem, ſi quis hac reſponſione uti velit, conſtare debet, an Juſtinianus novam legem dare & veteres JCtos corrigere velit, de quo nihil extat in* §. ult. *Jam videant JCti cordati, & qui ſputa Triboniani lingere non ſint adſueti, an conveniat vero & non perſonato JCto, ut potius contra juris prima principia utilem actionem de pauperie ad eam ſpeciem extendat, quam inutilem conditoris artis negligentiam increpet. Hujus videlicet conditoris, qui quotieſcunque de ſuo ingenio quid ratiocinari vult, tam miſere id facit, ut vel tyrones non pejus facere poſſint.* vid. potiſſ. §. ult. quib. ex cauſ. manum. non licet, & tit. Inſt. de L. Fuſia Canin. *Conf. Autorem ipſum ſupra ad hunc poſteriorem titulum.*

Cæterum, Pœna actionis ædilitiæ * eſt eadem, quam *ſupra* habuimus in quaſi-maleficio de dejectis & effuſis, niſi quod hic de homine occiſo agitur in ducentos aureos ſive ſolidos, *l. 42. de Ædil. Ed.* vid. *ſupr. ad* §. 1. *de Obligat. ex quaſi-del.*

Tit. X.

De iis, per quos agere poſſumus.

Jus vetus & novum de hac Rubrica. Quid procurator & quotuplex. Uſus & effectum ejus. Poteſtas & differentia ab affinibus.

Olim nemo per alium poterat exercere judicium, *οὐκ ἦν ἐν πολιτείᾳ, non erat in uſu civili,* ut Theoph. quia cunctæ actiones erant legis actiones, *l. 2.* §. *6. & ſeqq. de O. J.* quas per alium exercere non licebat, *l. 123. de R. J.* quemadmodum idem adhuc obtinet in his, quæ per excellentiam Legis actiones hodieque dicuntur, *l. 77. de R. J.* ibique Jacob. Gothof. Tamen & olim cauſæ excipiebantur, in quibus abſoluta neceſſitas in univerſum id flagitaret, veluti cum pro populo ſyndicus & actor, pro pupillo tutor, & pro libertate adſertor agebat; quia totus populus, ſervus, & pupillus, nullo modo in judicio ſtare poterant, denique pro abſentibus Reip. cauſa ex L. Hoſt. de furto, *pr. h. t.* Sed poſtea Civium utilitas effecit, ut indiſtincte liceret dare procuratores ad lites exercendas, *d. pr.* utique ad cauſas civiles, ** ne famoſis quidem exceptis, *l. 6.* §. *2. de his, qui infam. not. l. 42.* §. *1. de Procur.* imo ne civilibus quidem, ubi pœna non excedit relega-

* Jure noſtro quoties animal ſua natura ferox damnum dedit, e. g. ein ſchädlicher Hund, zahmer Wolff, oder Hirſch rc. dominus, ad quem tempore læſionis beſtia pertinebat, eam expellendo haud liberatur. L. R. *L. 2. art. 62.* ſed ſi quis occiſus fuerit ad præſtandum Wergeldum, ſi læſus, ad emendam impenſasque curæ ſolvendas compellitur, ac præterea carcere aut multa coerceri ſolet. conf. *Ord. Crim. a. 136.* Carpzov. *Pr. Crim. qv. 131. n. 25.*

** Ita quoque apud nos regulariter obtinet; perſonalis tamen comparitio requiritur ‡ 1.) in cauſis cambialibus ex parte Rei, ſecundum das erneuerte Marckt-Reſcript *de Anno 1660. verb.* iederzeit in Perſon vor Gericht zu erſcheinen. 2.) in cauſis mercatoriis, *d. Reſcript. verb.* in Wechſel- und andern bekantlichen oder in continenti erweißlichen Handels-Schulden. 3.) in cauſis Matrimonialibus, inprimis in primo Termino, bey der Verhör. Berger. *Elect. Proceſſ. Matrim.* §. *16.*

‡ Partes noviſſimo Jure Judiciario, in omnibus Judiciis ſuperioribus & inferioribus, nec non ad Commiſſarios, ut ſub quinque & amplius talerorum pœna prima vice ipſæ ſe judicio ſiſtant, citandæ ſunt, nec admittendæ excuſationes, niſi morbo, longinqua abſentia, itineribus neceſſariis, aliiſque impedimentis ex judicis arbitrio legitimis innitantur, cui equidem demonſtratione aliqua, aut ſaltim aſſeveratione juramenti loco in literis excuſatoriis adjecta, fidem faciant. Interea ita excuſatus, mandatarium ſuum ad amicabilem compoſitionem, cujus obtinendæ cauſa hæc conſtitutio maxime confecta eſt, ſufficienter inſtruat, nec ideo, ut audiat, & ad ſe referat, cum in judicio adeſſe debere, credat, *O. P. S. E. I. & E. Tit. I.* §. *1.*

 tionem,

Digitized by Google

tionem, *l. 1. verſ. plane. An per al. cauſ. appell. red. di poſſ.* nam in gravioribus cauſis non licebat dare Procuratorem, *d. l. 1. & l. pen. §. 1. de publ. judic.*

2. Eſt autem procurator, qui res alienas mandato Domini adminiſtrat, *l. 1. pr. de Proc.* unde ſolo conſenſu etiam inter abſentes conſtituitur, *§. 1. h.* Eſtque vel ad negotia, qui plerumque Mandatarius vocatur, vel ad lites, *l. 73. de procur.* Hic rurſus in rem ſuam, vel in rem alienam, de quibus *ſupr. in tit. de mandat.* per mandatum vero differt procurator a negotiorum geſtore, & a defenſore; nam ille dicitur, qui res alienas ſine mandato adminiſtrat, hic vero, qui litem abſentis amici ultro ſuſcipit ac tuetur, *l. 28. & l. ſn. de Procurat. & defenſor.* Poteſt etiam Procurator rei *Defenſor* appellari, *l. 35. §. 3. de Procur.* quemadmodum & defenſor mandato carens Procurator dicitur in *l. 12. C. de Procurat.* Hoc tit. de Procuratoribus ad litem, & in rem alienam, agitur.

3. Uſus Procuratoris eſt, ut ſit vicarius domini, ſicut Cicero in *orat. pro Cæcin.* loquitur, ſiquidem morbus, ætas, & neceſſaria peregrinatio, aliæque juſtæ cauſæ, ſæpe hominibus impedimento ſunt, quo minus ipſi rem ſuam exequi poſſint, *pr. h. l. 1. §. 2. de Procurat.* Quid enim erat inhumanius, quam quod olim litigantes etiam ægroti in jus venire cogebantur, ita ut jumento vehiculoque imponerentur, quemadmodum apud Gell. *lib. 20. cap. 1.* legimus? Ex his liquet, officium Procuratoris ad rem alienam eſſe; omnia facere, quæ ad litis exitum, victoriamque obtinendam pertinent, *d. l. 35. §. 3. de Procurat.* qua de re plenius ad *tit. D. de Procurat.*

4. Differt autem Procurator ab Advocato, * quia ille per litis conteſtationem fit dominus litis, *l. 22. & ſeqq. C. de Procurator.* Advocatus vocis ſuæ patrocinium duntaxat adhibet; Procurator ſatisdat, non advocatus, *§. 3. tit. ſequ.* Advocatum per quinquennium juris ſtudio operam dediſſe oportet, ** *conſtit. ad Anteceſſ. verſ. quibus ſi bene.* de procuratoribus nihil tale proditum eſt. Præterea Advocati officium multo dignius eſt, *l. 14. C. de Advocat. diverſ. Jud.* cum Procurator etiam poſſit eſſe infamis homo, *§. ult. infra de except.* denique jurat de calumnia advocatus, non Procurator, *§. 2. Inſt. de Pœn. tem. litig.* Compendioſe Aſcon. in *divinat. Cic.* *Qui defendit alteram in Judicio, aut Patronus dicitur, ſi orator eſt; aut Advocatus, ſi aut jus ſuggerit, aut præſentiam ſuam commodat amico; aut Procurator, ſi negotium ſuſcipit; aut cognitor, ſi præſentis cauſam novit & ſic tuetur ut ſuam.* Poſtea Patronorum & Advocatorum confuſa ſunt officia; cognitoris in jure noſtro ne quidem nomen quod ſciam, extat. Procurator eſt is, de quo diximus, & dicetur pluribus in ff.

TIT. XI.

De Satisdationibus.

Quid ſatisdatio & quomodo facta jure veteri. Quomodo jure novo, reſpectu Rei. Reſpectu actoris, ſi det Procuratorem. Reſpectu rei Procuratorem dantis. Ratione Defenſoris &c.

QUando per alios judicia exercebantur, inprimis neceſſariæ erant ſatisdationes; aliquando etiam, ſi per ipſos litigantes. Quid autem eſt Satisdatio? nihil aliud quam cautio, quæ fit datis fidejuſſoribus in ſecuritatem adverſarii, *l. 1. Qui ſatisd. cog. l. 7. de Præt. ſtip.* Hæc aliter veteri, aliter recentiori jure præſtita fuit, ut in *pr. & §. 1. h. t.* exponitur. Olim reus actione in

* In judiciis Saxoniæ plerumque advocatus cauſæ ſimul procuratoris partibus ſolet defungi, utut non prohibitum ſit alium procuratorem, qui juris imperitus eſſe poteſt, alium advocatum ſibi conſtituere. Cæterum in Curiis Saxoniæ provincialibus Lipſienſi & Vitebergenſi diverſum eſt procuratorum, derer Anwälde oder Redner, & advocatorum officium. De numero eorum ac munere ut & ſalario, vid. Leipz. Ober-Hofger. Ordn *d. 1549. tit.* wie viel procuratores. it. *tit.* von den Advocaten. Wittenb. Hofger. Ordn. *d. 1550. t.* von den Procuratoren.

** Studium quinquennale academicum in advocatis deſideratum, *ſ. l. 11. §. 1. C. d. adv. div. judic.* ubi ad eruditionem & habilitatem magis, quam ad tempus in academiis conſumtum, vid. Mand. *El. d. 1691. §. 8.* reſpectum fuit, non amplius exigitur. Interim noviſſimum mandatum *d. 1723. d. 12. Apr. §. 2.* diſpoſuit, neminem ad examen advocatorum admitti, niſi qui idoneis atteſtatis doceret, ſe per tres, vel quatuor

rem

rem conventus ſatisdabat Judicatum ſolvi, ἕνεκα τῆς Διαμήσεως τῆς δίκης, de litis æſtimatione ſolvenda. Actor ſuo nomine agens non cavebat, ſed procurator ſatisdabat, dominum rem ratam habiturum, ſi ullo modo de ejus mandato dubitaretur, *pr. h. tit.* Idem reſpectu actoris erat in actionibus in perſonam, idque etiam in tutoribus & Curatoribus obtinebat, ait Cæſar *in pr. h. t.* quando videlicet, an tutores eſſent, dubitabatur, *l. 23. de adminiſtr. tut.* Regulariter enim Tutores atque curatores non ſatisdabant de rato, *l. ult. §. 3. C. de Adminiſtr. tut. l. 23. D. eod.* idemque de ſyndicis & actoribus, qui ab univerſitatibus dantur, intelligendum. *l. 9. Rem rat. hab. l. 6. §. 3. Quod cujusque univerſ. nom.* Sed reus proprio nomine ſuſcipiens judicium, nihil tum ſatisdabat; at ſi quis pro alio judicium ſuſciperet, is quoque ſatisdabat judicatum ſolvi, *§. 1. h. l. 43. in fin. de Procur.*

Ratio, cur reus olim in actionibus in rem magis quam in perſonam ſatisdederit, hæc reddi poteſt; quod in illis agebatur de corporibus, quæ perire vel deteriora fieri poſſent; in his de quantitatibus, quæ neque perire neque deteriorari poſſunt. *arg. l. 11. C. ſi cert. pet.*

2. Jure novo Actor, ſive per ſe, ſive per Procuratorem inferat litem, cavet intra duos menſes a tempore libelli porrecti, ſe litem conteſtaturum, *Nov. 96. c. 1.* * Reus in Judiciis perſonalibus Realibusque cavere debet judicio ſiſti, & ſe in judicio usque ad finem litis permanſurum, *§. 2. h. Auth. generaliter. C. de Epiſc. & cler.* fit autem illa cautio tribus modis, per fidejuſſores, per jusjurandum, aut per nudam repromiſſionem: Hac poſtrema, ψιλῇ ὁμολογίᾳ, ut Theophil. defungi poſſunt rerum immobilium poſſeſſores, quorum prædia ſunt pro prædibus, *l. 15. D. Qui ſatisd. cog.* ** Jurejurando cavent Illu-

annos ſtudio juris tam in theoria quam praxi vacaſſe, & diſſerendo profectuum ſpecimen publicum edidiſſe.

* Iſtæ cautiones Juris Romani apud nos in uſu non ſunt. Carpz. *P. 1. C. 5. Def. 1. & 30.* Coler. *de Proceſſ. Execut. p. 3. c. 11. n. 98.* Schilter. *ad Jus Alem. Feud. cap. 17.* Stryck. *Uſ. Mod. ff. tit. de calumniat. §. 4.* Interim duæ jure noſtro ab Actore exigi ſolent cautiones; I. Guaranda, die Gewehr der Klage, quam actor præſtat actu corporali, durch Angelöbniß an dem Gerichts-Stab, oder durch den Handſchlag, vi cujus promittit, ſe libellum non mutaturum, & reum adverſus omnes, qui ipſum ex eadem cauſa convenire velint, defenſurum. Quæ Jure Comm. Saxon. introducta, L. R. *l. 2. art. 15. & l. 3. art. 14.* & Electorali confirmata eſt. *P. 1. C. El. 4. O. P. S. T. 5.* §. da auch. *T. 12. verb.* Vermöge Land-üblicher Sächſ. Rechte *Ref. Grav. de Anno 1653. gr. 17. C. S. p. 1031.* add. Berlich. *P. 1. Concl. 19.* & Carpzov. *ad d. C. def. 1. ſeqq.* hæc in cauſis ordinariis, etiam reconventionis, feudalibus & criminalibus quoque, Weichb. *art. 114.* non tamen in Proceſſu ſummario Executivo, Cambiali, Matrimoniali, & Mercatorio exigitur, conf. Menck. *ad Ord. Proc. Sax. tit. 7. §. 2. 3. 5.* Zang. *d. Except. P. 2. c. 21. n. 58. Mod. Piſtor. qu. 78.* II. Cautio pro Reconventione & Expenſis, per quam Actor datis fidejuſſoribus vel pignoribus, ac in ſubſidium jurato, cavet, quod in reconventione ſe coram eodem judicio ſiſtere, ac in expenſas litis temere motæ condemnatus, eas præſtare velit. In Reconventione autem de ſolis expenſis ea exigitur. Carpzov. *Proc. T. 9. art. 5. num. 181.* Suendendörf. *ad Fibig. p. 478.* & in cauſis matrimonialibus alimentorum, ut & in concurſu creditorum locum non habet. Berger. *Elect. Proc. Matrim. th. 21. 22.* Carpzov. *P. 1. C. 5. d. 27. n. 1.* uti quoque hæc cautio ceſſat in provocante ex L. diffamari, & L. ſi contendat. cum is in cauſa principali revera ſit reus. Lauterbach. *diſput. ad L. ſi contendat. ff. th. 67. n. 3. 9.*

** Hi apud nos Guarandam quidem præſtare tenentur, ‡ a Cautione autem pro Reconventione ‡‡ & expenſis liberantur, ‡‡‡ *P. 1. C. El. 5. Ord. Proc. Sax. Tit. 13.* § nachdem, ubi eodem jure apud nos fruuntur, qui allodialia & qui feudalia bona poſſident. Carpzov. *add. C. d. 20.* Imo Uſufructuarii quoque re-

‡ Guaranda, res exigui uſus, & litium remora in foro Saxonico penitus eſt abolita. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XII. §. un.*

‡‡ Cautio pro Reconventione in Saxonia ceſſat, poſtquam hæc cum conventione pari paſſu ambulat, *O. P. S. E. I. & E. Tit. XXIII. §. un.*

‡‡‡ Puta rerum immobilium poſſeſſores, quales jure noviſſimo habentur Tabernarum & Apothecarum domini, uſusfructuarii, in publicis muneribus conſtituti, & ſalaria eo nomine percipientes, corpora denique integra & univerſitates, licet communibus bonis non ſint inſtructæ. Præter hos, & eos, qui pauperum jura nacti ſunt, ſi alii agere vel conveniendo, vel reconveniendo velint, antequam citatio decernatur, de Expenſis XXX. L. & amplius taleris pro cauſarum diverſitate caveant. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XIII. §. un.*

Digitized by Google

ſtres perſonæ, *l. 17. C. de dignitat.* item pauperes, qui fidejuſſores reperire nequeunt, *Nov. 112. C. 2.* Ratio, quare idem privilegium perſonis adeo contrariis indulgeatur, ſunt diverſæ; ab illuſtribus ideo non exigitur fidejuſſor, quod in ea re quædam inſit contumelia, *l. 17. in fin. de Teſtam. Tut.* Pauperes jur. cavent, * quia raro quisquam pro iis fidejubere vult, quæ res judicia remoraretur, quod ipſius actoris intereſt ne fiat, *d. N. 112. c. 2.* Reliqui ſatisdare debent, hoc eſt, cavere datis fidejuſſoribus. Fidejuſſores autem eſſe locupletes debent, quod non tantum ex facultatibus, ſed etiam ex conveniendi facultate æſtimatur, *l. 2. in pr. D. eod. tit.* Hinc mulier, miles, minor annis 25. omnesque potentes non habentur locupletes fidejuſſores, licet opulentiſſimi, *l. 8. §. 1. eod. tit.* hæc ad *§. 2. h.*

3. In Actore diſtinguitur; nam ſi ipſemet agat, nihil cavendum habet; ſi dat procuratorem, hunc vel in judicio, vel extra judicium dat. Si in Judicio, nihil etiam cavet; at ſi extra judicium & quoties de mandato quicquam poteſt dubitari, procurator cavet, dominum rem ratam habiturum, *§. 3. h. & l. 1. C. de ſatisd. & l. 1. C. de Procurat.* ** Quod ſi plane mandatum non habeant, qui pro aliis agere volunt, penitus rejiciuntur, præter conjunctas perſonas, quæ ſub cautione de rato, licet mandato carentes, admittuntur, *** *l. 35. l. 40. §. ult. D. de Procurator.* ut & Procurator omnium bonorum, *l. 5. §. 18. de oper. nov. nunciat.*

4. Quando reus dat Procuratorem, ſi quidem extra judicium, duplex Cautio præſtatur; Una judicatum ſolvi, quæ tres habet clauſulas, litis æſtimationem ſolutum iri, dolum malum abeſſe, abſuturum eſſe, *l. 6. D. Judicat. ſolvi.* Altera cautio eſt Hypothecaria omnium bonorum, qua Reus promittit, ſe tempore ferendæ ſententiæ in judicio eſſe adfuturum, *in fine §. 5. h.* Quod ſi reus in judicio dederit procuratorem, tum ſimpliciter ſatisdat judicatum ſolvi, *§. 4. in pr.* Quod a dominis rerum litiumque poſtulatur, idem ab ſyndicis tutoribusque municipiorum, denique & a tutoribus atque curatoribus, & ſi quæ ſimiles perſonæ alienarum rerum gubernationem receperunt, exigitur, non utique cum ipſi pro ratione muneris ſui agunt vel conveniuntur, ſed quando litem quibusdam per alios inſerunt, ut eſt in *fin. §. 3. h. t.* Etenim & illi dant vel Procuratores, quando ſcil. per litis conteſtationem domini litis ſunt facti, *l. 11. C. de Procurat.* aut prius, dant auctores ſuo periculo, *l. un. C. de Act. a tut. tand.*

5. Qui pro abſente cauſam ſine mandato ſuſcipere

rum immobilium e. g. mariti, quorum uxores immobilia poſſident, cavere non compelluntur. v. **LR.** *L. 3. a. 76. P. 3. C. El. 32.* Carpzov. *l. c. def. 21.* Nicol. *ad Proc. P. 1. c. 36. n. 9. p. 420.* licet hi jure Romano a cautione non liberentur, *l. 15. §. 1. ff. qui ſatisd. cog. vel. jur. prom.* Lauterb. *ad d. l. c. 38. n. 15.* conf. Stryck. *Uſ. Mod. ff. tit. qui ſatisdar. cog. §. 10.* Nec requiritur, ut immobilia ſub eodem judice ſita ſint, *O. P. S. T. 13. §. 1.* ſed ſufficit, ſi Actor in Electoratu poſſeſſionatus ſit, unde etiam poſſeſſor immobilium in Episcopat. Martisb. aut Numburgenſi Cautionem non præſtat in Saxonia Electorali, Carpzov. *Dec. 226.* Eos tamen, qui in Luſatiæ Marchionatu poſſeſſionati ſunt, ab eadem in judicio ſupremo Provocationum non immunes eſſe, oſtendit Nicol. *l. c. n. 7.*

* Similiter *Ord. Proc. Sax. Tit. 13. §.* **Da aber.** Actorem, qui cautionem pro reconventione & expenſis, per fidejuſſores & pignora præſtare nequit, ad jusjurandum admittit, quo adſeveret, ſe eam, quam cautio injuncta continet, quantitatem in bonis non habere, nec credere, quod, omni licet adhibita diligentia, fidejuſſores aut pignora poſſit invenire, quo juramento præſtito, cautione juratoria cavet de reconventione & expenſis. vid. Svendend. *ad Fibig. p. 488.*

** Hæc de rato cautio per fidejuſſores jure civili expediebatur, *§. 3. I. h. t. l. 12. C. d. proc.* jure autem Sax. admittitur cautio ſub hypotheca bonorum, aut depoſitio pecuniæ, non tamen juramentum. conf. *P. 1. C. El. 5.*

*** Jure Saxonico Electorali ſine mandato expreſſo, cum cautione rati comparere poſſunt (1) aſcendentes & deſcendentes, *O. P. S. T. 7. §.* **Wir laſſen. §. daß ein Vater von ſeines Sohnes, und der Sohn von ſeines Vaters wegen.** non tamen perſonæ fœminini ſexus, quia procuratoris partes ſuſtinere nequeunt, unde nec mater pro filio, *a. d. § O. P. S.* verb. **Vater.** ibique Zigler. nec filia pro patre admittitur, Diſſ. Sand. *l. 1. tit. 5. dec. 4.* Conf. Lauterb. *Diſſ. de Cautione rati a conjunct. th. 7.* (2) Collaterales usque ad gradum tertium incluſive, *d. §. O. P. verb.* **ſeithalb die Blutsverwandten biß in dritten Grad** *incluſive.* quod de gradu tertio computationis civilis accipi debet. Berlich. *P. 1. Concl. 14. n. 38.* Carpzov. *P. 1. C. Elect. 1. d. 29. n. 3.* (3) in affinitate Socer pro Genero & Gener pro Socero, *d. §.* qui pro ſocru quoque, & ſocer pro nuru, non tamen vitricus pro privigno comparere poteſt. conf. Menck. *ad Ord. Proc. Sax. tit. 7. th. 10.*

ſcipere vult defendendam, is quoque judicatum ſolvi ſatis dare debet, *§. 5. h.* ubi citatur vetus Regula; quod nemo alienæ cauſæ idoneus ſit defenſor abſque ſatisdatione. Quid autem his de rebus in foro obſervetur, ipſa praxi diſcendum eſt. Pleræque ſane dictarum cautionum in uſu eſſe deſierunt. Ex cauſa uſurpatur tamen cautio de rato & de ſolvendis litium expenſis, quæ eſt etiam in *Auth. generaliter. C. de Epiſc. & cler.* imo & judicatum ſolvi præſtatur cautio, ſi reus ſit peregrinus, aut de fuga ſuſpectus, vel non ſolvendo. Groenew. *ad §. 4. h. t.* ſed ab actore in tali caſu nihil quam de litium expenſis cavetur, niſi reconventio inſtituatur. Sæpe etiam judicio ſiſtendi cauſa ab reo caveri debet: ſc. omni cautione ante litem conteſtatam exigenda. Zanger. *de Except. p. 2. c. 21. in pr.* Gudel. *de jur. noviſſ. lib. 4. c. 5.* Eſt etiam frequens in foro cautio de non offendendo, quam is exigit, qui ſibi ſuiſve rebus haud inani cauſa metuit, de qua Bartol. in *l. 6. §. 2. de off. Præſ.* & Bald. *vol. 3. conſil. 287.* At hæ ſimilesve cautiones, cum litis cauſa proprie non fiant, hujus loci non ſunt. vid D. Voet *ad §. 5. h. t.*

Tit. XII.

De Perpetuis & Temporalibus Actionibus.

Tres regulæ in h. t. *Primæ regulæ pars prior exponitur. Pars altera. Regulæ ſecundæ pars prior. pars altera. Regula tertia.*

IN hoc tit. traduntur duo juris circa actiones fundamenta. *Primum*, quænam Actiones perpetuæ, quænam ſint temporales. *Secundum*, quænam heredibus, & in heredes, & quæ non dentur.

2. (a) Quod ad primum attinet, Actiones perpetuæ ſunt, quæ durant annos XXX. * quibus elapſis, nulla amplius actio moveri poteſt, *l. 3. C. de Præſcr. XXX. ann.* præter hypothecariam, quæ contra debitorem ejusve heredem, durat annos XL. *l. 1. & 2. C. Si adverſ. Credit.* denique rebus Eccleſiæ præſcribitur etiam quadraginta annis, *Nov. 109. N. 131.* Græci XXX. annorum ſpatium vocant *γενεὰν*, *generationem*, ejusque decurſu actionum vitam circumſcripſerunt: nec enim lites expedit eſſe immortales, ut recte Harmenopulus *l. 1. c. 3. in pr.* Αἱ ἀγωγαὶ ὐκ ἀθάνατοι, τῦτ᾽ ἐςιν, ὐκ ἀεὶ καὶ μέχρι τῆς τῦ κόσμυ συςάσεως κινεῖσθαι δύνανται. *Non ſunt actiones immortales; hoc eſt, non poſſunt ad finem usque mundi moveri.* De hac autem actionum duratione, ſunt quædam regulæ, quarum prima eſt; Actiones rei perſecutoriæ, ſunt perpetuæ, non modo civiles, ſed etiam prætoriæ, ut interdictum quorum bonorum, & poſſeſſoria hereditatis petitio, quæ tribuuntur heredibus, ut in textu, & de quibus in loco plenius dicetur. Item actio quod juſſu, exercitoria, inſtitoria, tributoria, de peculio, de in rem verſo; addita tamen exceptione, *niſi brevius temporis ſpatium nominatim quibusdam actionibus ſit præſcriptum;* Excipiuntur actiones, quibus reſcinditur aliquid jure civili validum, *l. 35. in fin. pr. de O. & A.* ut eſt actio æſtimatoria, & redhibitoria, quarum illa pro parte, hæc in totum reſcinditur; Emptio, venditio, nam priori ſex, alteri duobus menſibus præſcribitur, *l. 21. & l. 38. de Ædil. Ed.* Actio de dolo, cui præſcribitur biennio, *l. ult. C. de dol. mal.* Reſtitutio in integrum, quæ finitur quadriennio, *l. ult. C. de in int. reſt.* Querela inofficioſi, quæ habet quinquennium ſibi præſcriptum, *l. 8. §. ult. de Quer. inoff.* Sunt tamen & aliæ, in quibus illa ratio, de reſciſſionis odio, non habet locum, ut cum actioni in rem, ſi mobilis ſit, triennio, ſi immobilis, decem aut XX. annis præſcribitur, *pr. tit. Inſt. de uſucap.* & actioni de peculio, poſt emancipationem anno, ut docet *tit. π. Quand. de pecul. act. ann. eſt.*

3. (b) Secunda Regula eſt de pœnalibus, ubi ſic diſtinguitur. Prætoriæ, ſive quæ ex Edicto deſcendunt, ſunt annales, ** quia prætoris offi-

* His in Saxonia additur annus Saxonicus, adeoque actiones perpetuæ durant, 31. ann. 6. ſept. & 3. d. L. R. *l. 1. art. 29.* Carpzov. *P. 2. C. 3 def. 3.*

** Atque huic annali præſcriptioni, additamentum 6. ſeptimanarum & 3. dierum in Saxonia haud accedit, Carpz. *P. 4. C. 46. def. 3.* ſicuti nec actionibus, quæ biennio, (e. g. actio doli) quinquennio, (ut querela inofficioſi teſtamenti) ſimilive temporali præſcriptione tolluntur, vid. Carpz. *P. 2. C. 3. d. 4.*

(a) *Poſ. 1. 2. 3. 4. 5. 6.* (b) *Poſ. 7. & ſeqq.*

cium Romæ duntaxat annuum erat: unde Ciceroni Lex annua appellatur, ut alias dictum, excepta furti manifeſti, quæ eſt perpetua; quoniam Prætor, ait Cæſar *in fin. pr. h.* abſurdum putavit eam anno terminari; ratione clara, quia furti nec manifeſti ex L. XII. Tabb. erat perpetua actio; manifeſti igitur, quæ gravior erat in eodem genere, non poterat eſſe temporaria. Sed hic opus eſt objectionem removeri. Quid enim? Prætoriæ actiones pœnales ſunt annales, quia Prætoris officium erat annuum. Hæc ratio convenit etiam actionibus rei perſecutoriis, quæ tamen ſunt perpetuæ. Reſponſio eſt, ita ſe rem habere; Convenit hæc ratio æque rei perſecutoriis actionibus. Sed in his eſt alia ratio fortior, quæ vincit alteram; ſcilicet, quod iniquum ſit, actionibus, quibus perſequimur id, quod a patrimonio nobis abeſt, anni ſpatio finiri. Ubi duæ rationes concurrunt, ibi deterior cedere debet meliori: quemadmodum in præcedenti exemplo actionis furti vidimus, idem evenire Prætoriæ qualitati: Excipitur etiam actio de effuſis & dejectis, *l. 5. §. 5. de his, qui effud. vel dejec.* de ſervo corrupto, *l. 13. pr. de ſerv. corrupt.* contra nautas, caupones, ſtabularios, *l. 7. §. f. Naut. caup.* & ſi quæ ſint aliæ. Atque hæc natura Prætoriarum actionum durat, etiam poſt Edictum perpetuum, qua de re Giphan. *ad pr. h. t.* Civiles; quæ ex lege oriuntur, actiones pœnales, ſunt perpetuæ, quod videlicet non modo actionibus ex delicto, ſed etiam civilibus, quas ſupra diximus, applicandum, *dd. ll.* præter jam dicta. Denique, criminales accuſationes XX. annorum præſcriptione tolluntur, * *l. 12. C. ad L. Cornel. de Falſ.* Cujac. *4. obſ. 14.* Sand. *5. Deciſ. 9. def. 2.* exceptis tribus, Adulterio, *l. 29. §. 5. 6. 7. ad L. Jul. de adult.* Peculatu, *l. 7. ad L. Jul. pecul.* & Scto Silaniano, *l. 13. ad Sc. Silanian.*

4. De anno Prætoriis actionibus impoſito repetendum heic, quod ſæpius dictum, eſſe vel utilem eum, vel continuum. Annus continuus eſt, qui ſtatim incipit a tempore rei geſtæ & in quo cuncti dies naturales, tam faſti quam nefaſti computantur. Utilis contra, duplici quoque ſenſu dicitur, nempe quod ei dies, quibus neſcivit actor, & dein, quod dies feriati ſive nefaſti eximantur: eſt enim utile tempus, quo quis ſcivit & potuit agere, *l. 2. pr. ff. Quis ordo in bon. poſſ.* Igitur tempus continuum etiam ignoranti cedit, *l. 8. de his, qui in fam. not.* utile non niſi ſcienti; *d. l. 2. in pr.* denique tempus utile multo longius producitur; oportet enim impleri dies 365. tales, quibus agi poſſit, non feriatos. Ejusmodi dies ſunt iterum duplicis conditionis; Quibusdam enim Prætor adiri poterat, etiam pro tribunali, quibusdam de plano ſaltem. Dies, quibus in tribunali ſedebat, vocabantur dies ſeſſionum, *d. l. 2. §. 1.* iidemque intelligendi in *l. 5. §. 19. Ut in poſſeſſ. legat.* ubi vulgo legitur, poſſeſſionum. Hos non ſemper utiles eſſe, tradit Cujacius *2. obſerv. 18.* ſcil. in hypotheſi, ut puto, mihi & tibi non ſemper utiles ſunt, ſi rem, de qua experiundum erat, ignoramus: In univerſum dies ſeſſionum, ſemper & neceſſario, ni fallor, utiles ſint oportet. Ex his apparet, rationem a Juſtiniano in *pr. h. t.* redditam, quare Prætoriis actionibus anni ſpatium præſcribatur, non ita examuſſim congruere, ut cum juriſdictione cujusque Prætoris annua, finitæ fuerint actiones; Quippe Prætorem ut plurimum annum utilem in ſuis Edictis obſervaſſe, probatum eſt *ſupra ad tit. de injur. §. ult.* Nihil igitur amplius pro hac ratione dici poteſt, quam, actiones Prætorias idcirco annales eſſe, quod Jurisdictio Prætoris olim anno terminabatur; nihil præterea.

5. (c) Altera pars hujus tituli eſt de Actionibus ad heredes tranſitoriis, de quo *§. 1. h. t.* qua in re duplex conſideratio eſt; Prima, quænam actiones dentur heredibus; Altera, quænam dentur in heredes. Heredibus regulariter omnes dantur actiones, tam pœnales quam rei perſecutoriæ, exceptis, quæ ob vindictam perſonalem dantur, ut actio injuriarum, *§. ult. ſupra de injur.* & revocatoria donationis ob ingratitudinem, *l. ult. C. de revoc. donat.* actio, quæ datur adverſus eum, qui parentem vel patronum ſine venia in jus vocavit, *l. 24. de in jus voc.* qui mortuum inferre prohibitus eſt, *l. 9. de Religioſ.* de calumniatoribus, *l. 4. de calumniat.* poſtremo, querela inofficioſi teſtamenti, *l. 8. pr. de inoff. teſtam.* ut dict. *ſupra.* Actiones quoque populares negantur heredibus dari, quia non vertitur in illis id quod intereſt agentium, *l. 5. §. 5. de his, qui effud. vel dej.*

6. (d) Adverſus heredes dantur omnes rei perſecutoriæ actiones, *h. §. 1.* niſi ex delicto

* Nec aliter regulariter in Saxonia obtinet, teſte Carpzov. *Pr. Crim. qu. 141. n. 11. ſeq.* De exceptionibus videbimus ſuo loco ad ff.

(c) *Poſ. 13. & ſeqq.* (d) *Poſ. 15. & ſeqq.*

ſint,

ſint, cujuſmodi aliquæ dantur, ut actio, qua res alienatæ judicii mutandi cauſa revocantur, *l. 4. in fin.* cum *LL. ſeqq. D. de alien. jud. mut. fact.* Actio, quæ datur adverſus menſorem, qui falſum modum dixit, *l. 3. §. pen. Si menſ. mod.* item, quæ datur in Tutorem falſum, quo auctore aliquid geſtum eſt, *l. 9. §. 1. Quod falſ. tut. auct.* rerum amotarum, *l. 21. §. pen. Rer. amot.* Ratio, cur hæ, licet rei perſecutoriæ, in heredes non competant, eſt, quia ratio delictorum mere perſonalis eſt, in quibus heres defunctum non repræſentat. Tu dices; Condictio furtiva datur in heredes, *l. 9. D. de condict. furt.* & tamen ex delicto. Imo vero non ex delicto, neque ex furto, quia non eſt famoſa, *l. 36. de O. & A.* cum furtum ſit delictum inprimis famoſum, *l. 1. de his, qui infam. not.* proin dicendum, hanc actionem dari occaſione furti, & quodammodo pendere de furto, *d. l. 36.* non eſſe ex illo proprie; adde *d. l. 10. §. 2. de Compenſ.* Hæc igitur ratio nobis probatur; idcirco actiones ex delicto, quæ ſunt rei perſecutoriæ, non dari adverſus heredem, quia maleficiorum hæc eſt conditio, ut delinquentium perſonas non egrediantur. Alii ſic ajunt; actiones illas rei perſecutorias non dari in heredes, quoniam ex parte reorum ſunt pœnales, utcumque reſpectu actorum ſint rei perſecutoriæ. Hanc diſtinctionem refutavimus *ad tit. de Action. ad poſ. 43.* Sed omitti non debet objectio, quæ movetur, una, forte & altera: Videmus in actione, per quem factum erit, quo minus quis in judicio ſiſtat, pœnam memorari, *l. 1. §. 4. de eo, per quem fact.* quam tamen actionem eſſe rei perſecutoriam, docet *l. 3. in pr. eod. tit.* Enimvero pœnam aliquo ſenſu dici poſſe, quando quis pecuniam ob aliquod factum, ex quo nihil lucri percepit aut percipere poteſt, præſtare debet, facile concedi poteſt: uti ſane commodatarius etiam, vel depoſitarius, qui damnum in rebus depoſitis aut commodatis per culpam dederunt, luitione illius damni pœnam aliquam ferre videntur; neque tamen ideo pœnale genus judicii, oppoſito ſenſu ad rei perſecutionem, exinde formatur; ſiquidem actor nihil illis caſibus, quam quod ſibi abeſt, conſequitur. Denique nec obſtat, quod Imperator in *fin. §. 9. ſupra de L. Aquilia* ſcribit; *ejus L. actionem non tranſire in heredem, quæ tranſitura fuiſſet, ſi ultra damnum nunquam lis æſtimaretur.* Inde enim aliud nihil conficitur, quam actiones rei perſecutorias adverſus heredes competere; At hanc rationem ſatis liquet, ex eo quod plerumque ſit, eſſe petitam: eſt ſane regula, quod actiones rei perſecutoriæ tranſeant; limitatio tamen certiſſima eſt, in iis, quæ ex maleficio ſunt, aliter eſſe comparatum. Cæterum, ex pœnalibus nulla adverſus heredem datur, niſi quatenus ad eos pervenit, *§. 1. h.* ubi & exceptio memoratur, qua, ne ex contractu quidem Actio, in heredem datur: ſcil. cum defunctus doloſe in eo verſatus eſt, quæ tamen exceptio reſtringi debet ad unicum depoſiti miſerabilis caſum, *l. 1. §. 1. & l. 7. §. 1. depoſ.* Vinn. & Vultej. *h.* Alioqui certum eſt, Actiones ex contractu, licet dolus intervenerit, dari adverſus heredes, *l. 12. de oblig. & act. l. 157. §. ult. D. de Reg. Juris.* Quod ſi litis conteſtatio in pœnalibus ſit facta, * nihil eſt dubii, quin hoc judicium tranſeat in heredes, *§. 1. h. t. l. 26. & l. 58. de V. O. l. 139. & l. 164. de R. J.* quatenus per litis conteſtationem fit novatio & quaſi-contractus initur, *l. 3. §. 11. de pecul.* unde fit, ut judicati actio ſemper in heredem tranſeat, *l. 6. §. ult. de Re Judic.* Reliqui litis conteſtatæ effectus, alibi traduntur: duntaxat heic notetur, actionem lite conteſtata omiſſam, cis 40. annos poſſe inſtaurari, *l. ult. C. de Præſc. 30. annor.*

6. In *§. ult.* eſt Regula, quod cuncta Judicia ſint abſolutoria, hoc eſt, quod reus abſolvatur, ſi ante ſententiam Actori ſatisfecerit; proinde, quod non modo non condemnetur, ſed etiam quod ſententia lata, judex eum abſolvere debeat, ut Theoph. recte interpretatur. Nam quod in *l. 23. de Judic.* habetur, non poſſe videri in judicium veniſſe, quod poſt judicium acceptum accidiſſet, id a parte actoris ita, a parte rei nequaquam intelligendum eſt. Uſum id maxime habet in judiciis famoſis, ad evitandam ignomi-

* Jure Saxonico ſolàm citationem efficere, ut actio injuriarum in heredes detur, exiſtimat Schilter. *ad 1. h. t. th. 6.* ſed contrarium rectius cum Carpzov. aſſeritur *P. 4. C. 46. d. 6.* ſiquidem citatio præſcriptionem quidem interrumpit, ſed litis conteſtatio demum operatur, ut actio ex delicto adverſus heredes locum habeat. Unde *O. P. S. T. 6. §. f.* in cauſis injuriarum reconventionem patitur inſtitui, & usque ad litis conteſtationem in ea procedi, ut lis tam perpetuetur, quam actio heredibus detur & adverſus heredes, ceu bene monet Zigler. *ad d. Tit. verb.* Bis auf die *Litis-Conteſtation. p. 46.* Uſum modernum ex noviori Jure Sax. recenſuimus *ad tit. Inſt. d. Injur.*

niam;

Digitized by Google

niam; imo in nullis non, ad evitandos ſumptus majores in cauſa deſperata. Non eſt tamen ſententia abſolutoria ejusmodi, qua judex declarat Reum plane non teneri, ſed eum dimitti atque liberatum eſſe: ſic enim Theoph. ἔξεςι τῷ δικαςῇ πρὸ καταδίκης ἐυγνωμονῦντα τὸν ῥέον ἀφεῖναι τῆς ἀγωγῆς. Licet judici Reum ante condemnationem reſipiſcentem, ab actione liberare, cum hoc ſcil. effectu, ut exceptionem rei judicatæ adipiſcatur. vid. *l. 1. de re judic.*

Tit. XIII.

De Exceptionibus.

Tit. XIV.

De Replicationibus.

Continuatio & de nominibus Exceptionum. Definitio. Exemplum except. quod met. c. doli, & in factum. Non numeratæ pecuniæ. Exceptio pacti. Jurisjurandi. Rei judicatæ. De effectu exceptionum. Diviſio prima. Altera in peremptorias & dilatorias, & de illis in ſpecie. Dilatoriæ exponuntur. De tempore opponendi exceptiones. Exceptio Procuratoria. De Replicationibus.

(a) SAtis prolixe de jure Actorum, titulis præcedentibus actum eſt. Jus Reorum, quod in Exceptionibus conſiſtit, uno alteroque titulo ſat brevibus abſolvitur. Non quod minus cauſa Reorum ſit favorabilis; id enim contra ſeſe habet *l. 125. de R. J.* verum, quod actionibus expoſitis, exceptionum natura ſatis ultro patere videbatur, ex doctrina correlatorum: ſaltem hoc capite nonnulla exceptionibus peculiaria & aliquot ad illuſtrandum exempla proferuntur. Scilicet Actionem petitionemque, ſequitur reſponſio rei & ſic litis conteſtatio, nam hæc abſolvitur narratione actoris & contradictione rei, *l. 41. §. 1. C. de Judic.* ſive narratione negotii ab utroque facta, *l. un. C. de litis cont.* narratione & reſponſione, *l. 2. in pr. de jurejur. cal.* Reſponſio eſt vel affirmativa vel negativa, ut communiter tradunt. Sichard. *ad d. t. C. de litis conteſt. ad pr. n. 5. & ad l. un. n. 2.* Illa, cum Reus cauſam debiti fatetur, nec tamen ad ſolvendum ſe teneri contendit; nam ſi realiter ſolvat, litis conteſtatio præciditur, *l. 73. de Procurat.* idem eſt, ſi conſtituere velit in judicio, ſe ad breve ſoluturum, *l. 105. de ſolut.* idque fit omni die. Proinde, qui debere ſe fatetur duntaxat, & χρεοφύγεῖα quærit opponendo ſe, is quoque litem conteſtatur & damnandus eſt, *l. 3. & l. 6. §. f. de Confeſſ.* Sichard. *d. loc.* Qui petitione ſe opponit, is vel contendit, ipſo jure ſe non teneri, (*) vel æquitatis intuitu non eſſe damnandum, & hujusmodi poſterior reſponſio vocatur Exceptio, *pr. h. t. §. ſeqq.*

(a) *Poſ. 1. & 2.*

SCHOLIUM.

(*) *Ambigue hoc dicitur. Nam & ille contendit ipſo jure ſe non teneri, qui negat intentionem actoris ſimpliciter, & ille, qui opponit exceptionem actionis non competentis. Priorem explicationem hic forte in mente habuit Autor. Nam qui poſteriori modo dicit, ſe non teneri, litem non conteſtatur, per Poſit. 9.*

RESPONSIO.

Quænam eſt illa exceptio actionis non competentis? Mihi non eſt nota talis exceptio generalis; ſed qui dicit, actionem non competere, vel reſpicit nullitatem, vel rationem quandam æquitatis aut dilationis, quæ tunc incidit in aliquod nomen exceptionis peremptoriæ vel dilatoriæ.

N. ADDIT.

Primo integranda omnia. Præceſſerat hoc Scholium illud: Quæ hic usque ad n. 13. ſequuntur, paululum obſcuriora ſunt, adde *not. ad Strauch. XXIII. 16. p. 336.* moribus noſtris, quid requiratur ad litis conteſtationem, vide *in Ord. Proc. Sax. tit. 16. Et quia igitur illos numeros hic omiſit Autor in textum collocare, adeoque iſtam objectionem agnovit, & vero Scholium excerptum reſpicit ad illa omiſſa, non habebit Lector intellectum diſputationis, niſi textus Autoris ex iſtis poſitionibus ſic continuetur cum Scholiis meis illi ſubjunctis. Ita vero continuandum*

dum : Poſitio (6) Tam hoc quam priore modo fit contradictio, proinde & litis conteſtatio utraque via perpetratur, arg. d. l. 14. *§.* 1. & d. l. un. *(7) Si reus, inquam, contendat, ſe propter illud medium æquitatis non eſſe damnandum, vel ſaltem adhuc non, hujusmodi exceptio facit litis conteſtationem*, arg. d. pr. & d. ll. l. 112. de R. J. *nec diſſentit Pontifex* (c) in cap. 1. & 2. X. de lit. conteſt. in 6. *ubi proponentes exceptionem peremptoriam, debere litem conteſtari, docet.*

(c) Imo puto diſſentire, & diſſenſum hunc Pontificis a Jure civili agnoſcit etiam Wiſſenb. *ad tit. C. de litis Conteſt. p. 368.*

(8) *Unde talis exceptio ſemper usque ad ſententiam opponi poteſt*, l. 2. C. ſent. non reſcin. l. 8. C. de Except. *ubi &* conteſtari *dicitur, & hujusmodi exceptiones promiſcue defenſiones vocantur*, d. pr. h. d. l. 4. *(9) At exceptiones, per quas aliquis non defendit ſuam cauſam, ſed ait, ſe non teneri ad litigandum cum actore, non faciunt litis conteſtationem, ſed eam excludunt*, l. 13. & l. 14. C. de Procurat. d. cap. 1. X. de litis cont. in 6. (10) *Scimus, hanc rem paulo aliter a veteribus accipi, & ſubtiliter qui opponit exceptionem, eum litem non conteſtari, ut docent Tuldenus & Perezius* ad tit. C. de lit. conteſt. (11) *Sed poſitiones a nobis collocatæ ſunt ſimpliciores, inſuper cum verbis II. & mente Doctorum, notiſſimaque praxi* (d) *conveniunt, ideoque in iis acquieſcimus. diverſa explicatio involutior & inutilior eſt.*

(d) Sed quoad praxin noſtram, exceptionum oppoſitio pro litis conteſtatione non habetur. *Conſ. not. ad Strauch.* XXIII. *16. p. 336.*

(12) *Hinc etiam in foro, & lite inſtruenda, verbum* excipiendi *non uſurpatur, niſi de mediis, quæ ad judicium vel ad perſonas judicium conſtituentes, formamve proceſſus ſpectant, qui exceptionem cauſam ferientem opponit, ſub verbo* excipiendi, *male procedit; nam litera conteſtari debet*, d. tit. de litis cont. in 6. C. ult. *Excipit Pontifex* in d. c. 1. *exceptionem rei judicatæ & tranſactionis. Hactenus textus Autoris. Ex his vero patet, Scholium prout hic excerptum eſt, nullum habere intellectum, ſi omittatur ille contextus. Id enim oppoſitum a me eſt illi aſſertioni, quod Autor dixit in ſequente contextu, etiam cum, qui intendit, ipſo jure ſe non teneri, litem conteſtari eo ipſo. Ad hoc vero nihil reſpondetur. Etiamſi enim non ſit nota Autori exceptio generalis actionis non competentis, (quæ vero in noſtris foris eſt quotidiana) tamen manet objectio noſtra, quod nec per ſpeciales* v. g. *ſolutionis, compenſationis, præſcriptionis &c. fiat litis conteſtatio.*

Nomen exceptionis eſt ab excipiendo. Nam excipere actionem dicitur Reus in *l. 22. de Judic. l. 13. de Noxal. action.* quando ſuſcipit judicium ſive actionem, ut loquitur *l. 21. in fin. Pecul.* Eſt & alia vocis ἐτυμολογία: ut exceptiones ita dictæ videantur, quod olim a Prætore in formulis, quæ Judicibus pedaneis præſcribebantur, per verbum, *niſi, extra quam*, & crebro per *ſi*, quæ ſunt excipiendi propriæ, ſolebant proponi, *l. 3. §. 1. l. 4. §. 15. & §. 32. & ſequ. de doli & met. except.* unde & hoc patet, quamobrem Paulus in *l. 22. de except.* genus exceptionis faciat conditionem. Frequenter etiam Exceptiones vocantur præſcriptiones, ut præſcriptio doli mali in *l. 91. de Solut.* Fori præſcriptio, *l. 7. Qui ſatisd. cog.* φόρυ παραγραφὴν vocat Juſtinianus in *Nov. 8.* ubi *Præſcribere* ſimpliciter pro *Excipere*; nec aliter unquam Græci JCti quam παραγραφὰς vocant exceptiones; quod ab Latinis vocabulum, ut reliquos Artis νομικῆς terminos, habere videbantur; niſi jam veteres Græci ita fuiſſent locuti. Demoſthenes ad Pantænet. Παρεγραψάμην, μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι δίκην. Præſcribebam, litem non poſſe introduci; ubi, παρεγραψάμην, præſcribebam, nihil eſſe poteſt aliud, quam *excipiebam.* ut & Budæus in voce παραγράφεσθαι. niſi hoc malis vertere, *tranſcribere.* Ratio appellationis tam apud Romanos quam Græcos, optime reddi videtur a Quintiliano, qui *lib. 3. Inſtit. In omnibus fere cauſis*, inquit, *in quibus cecidiſſe quis formula dicitur, hæ ſunt quæſtiones, an cum hoc, an hac Lege, an hoc tempore liceat agere, & ſi qua ſunt talia, ſed perſonæ, tempora, actiones, cæteraque, quopter aliquam cauſam transferuntur.* Lis perperam inſtituta in aliud tempus, perſonam, aut genus actionis transferebatur: & hoc eſt Græce παραγράφεσθαι, tranſcribi. Cicero 2. *Rhetor. At cum cauſa ex eo pendet, quod non is agere videtur, quem oportet; aut non cum eo, quicum oportet, aut non apud quos, quo tempore, qua lege, quo crimine, qua pœna oportet, tranſlativa dicitur conſtitutio; quia actio tranſlationis & commutationis indigere videtur.* quæ, effectu conſiderato, dicitur tranſcriptio & trans-

& translatio, hæc quoad modum opponendi *præſcriptio* appellatur.

2. (b) Deinceps, quid ſit exceptio, videndum. Ea nihil eſt aliud, quam actionis ſummo jure competentis excluſio, ut vel omnino evitetur, vel imminuatur condemnatio, *l. 2. pr. & l. 22. h. t.* Præſupponit igitur omnis exceptio actionem, ipſo jure competentem; ut Theophilus optime expreſſit, cum exceptionem ſcribit eſſe, *δικαιολογίαν καὶ ἀγωγῆς ἐῤῥωμένης μὲν τῷ νόμῳ, ἄδικον δὲ τῇ φύσει προβαλλομένης ἰσχὺν*: defenſionem adverſus actionem lege quidem ſubnixam, ſed æquitati naturali contrariam. Fundamentum omnis exceptionis, eſt Æquitas, quæ non patiatur ob merita circumſtantiarum, ut jus, ita ut ſcriptum eſt, huic vel illi facto applicetur: idcirco in definitione jus ſummum collocavimus, quod, ſi mordicus urgeatur, eſt iniquum jus. Igitur ſublata ipſo jure actione, alleganda quidem ſubinde ratio, cur reus non teneatur, ſed illa minime eſt exceptio, verum allegatio facti duntaxat, ut ſi ille, qui ſolvit, denuo a Creditore conventus, ſe ſolviſſe reſpondeat: vulgo exceptiones facti vocantur ejusmodi allegationes, improprie; quanquam & juris auctores exceptionis vocabulum aliquando, & ubi nulla competit actio, uſurpant, *l. pen. de except.*

3. (c) Præcipuum, quod in *hoc tit.* agit Juſtinianus, eſt communicatio aliquot verarum exceptionum, quæ celebriores & frequentiores videbantur, ut earum declaratione vis excipiendi melius perciperetur. Prima eſt Exceptio quod metus cauſa, quæ datur ei, qui metu coactus aliquid promiſit; Etenim ipſo jure tenetur, ſed ex edicto Prætoris habet exceptionem, quod metus cauſa, *l. 1. & tot. Tit. D. quod met. cauſ.* Dicitur quidem eſſe nullius momenti quod metu geſtum eſt, *l. 22. Quod. met. cauſ.* ſed hoc, eventu inſpecto, intelligendum; ſic viciſſim quæ ipſo jure nulla ſunt, aliquando reſcindi dicuntur, ut exemplo patet in *l. 5. §. 2. D. Qui & a quib. manum.* Cæterum, dari quoque actionem Quod metus cauſa, pridem intellectum eſt, poſitis ſcilicet terminis habilibus. Exceptio metus datur, ut omnes reliquæ, ex æquitate naturali; quatenus ratio non vult, ut hi, qui metum fecerunt, exinde lucrum capiant, *l. 116. de R. J.* alioquin obligatio ex promiſſione, licet metu extorta, naſcitur; ſi quidem aliter actio inde non daretur, non opus eſſet exceptione vel reſtitutione in integrum, quam Prætor in *d. l. 1. Quod met. c.* pollicetur. Imo & jus naturale id ipſum velle videtur; actus enim, qui per vim metumque contrahuntur, fiunt *μετὰ προαιρέσεως*, cum prævia deliberatione & electione, ideoque ſunt voluntarii: dicuntur quidem mixti, tam voluntarii quam involuntarii, propter vim adhibitam atque compulſionem, ſine qua is, qui coactus agit, non egiſſet; attamen cum is, qui ſe compelli paſſus eſt, in arbitrio habuerit, utrum agere, an expectare periculum mallet, apparet hoc, quod eſt actum, magis eſſe voluntarium quam coactum. Ita Ariſtot. *lib. 3. Ethic. c. 1.* *μικταὶ μὲν οὖν αἱ τοιαῦται πράξεις*, inquit, *ἐοίκασι δὲ μᾶλλον ἑκουσίαις, αἱρεταὶ γάρ εἰσι τότε, ὅτε πράττονται.* *Mixtæ quidem ſunt hæ actiones*, inquit, *magis autem voluntariis adſimilantur: Quo enim tempore fiunt, electivæ ſunt.* Unde ſequitur, ejusmodi obligationes naturaliter valere: ſed eſt etiam in ipſo jure Naturæ, quædam æquitatis ſpecies a jure diſtincta, ſi modo bene explicetur: Jus ſummum Naturæ, propter actum voluntatis obligationi adhibitum, valere dictat id, quod actum eſt; Idem ob evidentem æquitatem non patitur obligationem habere effectum. Etenim ille, qui metum intulit injuſtum, quia damnum injuria dedit, tenetur ad eum, qui obligatus eſt, ſi promiſſo ſtare nolit, a qualicunque vinculo liberandum, ut docet Grotius *lib. 2. de J. B. & P. 11. n. 7.* Imo generaliter loquendo jus civile efficacius improbat ea, quæ vi illicita fiunt, quam Lex Naturæ; habemus enim conſtitutum, ea, quæ cum bonis moribus & cum legibus pugnant, eſſe ipſo jure nulla, *l. 5. C. de LL.* Quare cum Nuptiæ contractus non ſint, (hi reſcinduntur Edicto) dicendum, eas per vim contractas ipſo jure nullas eſſe, non tantum jure canonico, *C. ſignificat. X. de eo qui dux. matrim. c. 14. & 15. de ſponſal.* ſed etiam jure Civili, *l. 14. C. de Nupt. & l. 22. de rit. Nupt.* ubi, *matrimonium inter invitos non contrahitur:* quin & dotis promiſſio metu facta, ut appendix conjugii, non videtur reſcindi, ut reliqui contractus, ſed ipſo jure nulla eſſe, *l. 21. §. 3. Quod met. c.* Teſtamenta ſimiliter per vim facta, celebrata, ipſo jure nihil valent, nec opus eſt reſcindendi remediis, *l. 20. §. fin. Qui teſtam. facere poſſ.* Cætera, quæ ad metum & ad exceptionem, actionemque inde oriundam pertinent, ad *tit. ff. Quod. met. c.* videbimus.

4. *Alterum* Exemplum eſt de dolo. Quid ſit dolus, in genere diximus *ſupra ad tit. de ſuſp. Tutor.*

(b) *Poſ. 3.* (c) *Poſ. 4.*

Digitized by Google

Tutor. n. 6. ſed hoc loco dolus nihil eſt aliud quam calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita; ſic enim finitur *in l. 1. §. 2. de dol. mal.* quam definitionem ineptiæ nota liberavimus *lib. 3. Digreſſ. c. penult.* Igitur qui dolo deceptus ſemet obligavit, ipſo quidem jure tenetur, ſed ob eandem æquitatis rationem, quæ ſupra, juvatur exceptione, ne ad ſolvendum compelli poſſit, *d. §. 1. h. t. l. 36. de V. O. l. 5. & tot. tit. de doli & met. except.* Enimvero, ſi dolus cauſam dederit contractui bonæ fidei, hoc eſt, ſi fraude quis ſit inductus ad contrahendum, qui alioqui contrahere nolebat, tunc ipſo jure nulla eſt actio, *l. 1. in pr. D. de dolo malo. l. 3. §. ult. pro ſoc.* alioqui datur exceptio; veluti in contractibus ſtricti juris ſemper; etiam in his, qui ſunt bonæ fidei, quoties dolus fuit incidens, hoc eſt, cum is, qui animum contrahendi habebat, in hoc eſt deceptus, ut deterius contraheret, *l. 7. & tit. de dol. mal. & tit. de doli & met. except.* Ratio autem, quare dolus aliquando contractus ipſo jure nullos faciat, ex eadem philoſophia, quæ ſupra, petenda eſt: Nam metus non facit actus invitos, dolus facit: Eſt enim *invitum* duplex, per vim & per ignorantiam. Per vim invitum eſt, οὗ ἡ ἀρχὴ ἔξωθεν, *cujus principium eſt extra agentem, ut nihil is, qui agit aut patitur, adjumenti adſerat*, velut ſi alius robuſtior, te, arrepta manu mea, pulſet; tale invitum in contractibus non habet uſum. Alteram inviti ſpeciem conſtituit error & ignorantia τῶν καθ᾽ ἕκαστα, ἐν οἷς καὶ περὶ ἃ ἡ πρᾶξις, *ignorantia ſingulorum, in quibus & circa quæ negotium vertitur*, ait Ariſt. *d. lib. 3. ad Nicom. c. 1.* In hunc errorem ſeducuntur, qui dolo decipiuntur, ideoque mirum non eſt, actum ex ea cauſa redigi ad nullitatem. Reliqua de dolo ad Pandectas explicabuntur. Unum adhuc hujus loci ſupereſt; Exceptione de dolo ſuccenturiatur exceptio in factum: Quid ſit actio in factum, diximus ad *§. ult. ſupr. de L. Aquil.* unde colligi poteſt, quem uſum exceptio in factum habeat: deficiente ſcilicet ordinaria exceptione, recurritur ad hanc in factum, exigente ita diverſitate circumſtantiarum. Ita quando dignitas perſonarum & reverentia, quam debet pars circumventa ei, a quo læſa eſt, tum parci ſolet doli mali probroſæ mentioni, & in factum exceptio dictatur; quæ decepto eundem præſtat effectum indemnitatis. Exempla ſunt in *l. 12. de dolo malo.*

5. *Tertium* Exemplum traditur hic, Exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ datur ei, qui vel in chirographo ſcripſit, vel ſtipulanti promiſit, ſe pecuniam quaſi mutuo acceptam reſtituturum, quam tamen non accepit, *§. 2. h. tit.* de qua plenius dictum in *tit. de liter. obligat.* Hoc tamen indictum, adeo efficaciter hanc exceptionem dari, ut, tametſi juramentum chirographo ſit adjectum, nihilo magis hæc exceptio perimatur, *l. ult. C. de non numer. pec.* Quid ſi renunciaverit debitor huic exceptioni? Dubitatur quid juris ſit. Haud abs re eſt, quod noſtris Friſiæ δικαστπόλοις placuit, effectum renunciationis hunc eſſe, ut onus probandi in ſcribentem atque renunciantem devolvatur. * Sandius *lib. 3. tit. 2. def. 1.* Denique & hoc notandum, ſi ſcriptor chirographi improbe ſuam manum negaverit, convictum deinde ad probationem ſolutionis regredi non poſſe, verum hac allegatione inſuper habita, omnimodo eſſe condemnandum; imo & duplum exigitur, niſi juramento delato exterritus atque confeſſus fuerit, *Nov. 18. c. 8.* ‡ Quod igitur *in l. 26. §. ult. de Jurejur.* habetur, juramentum videri eſſe novationis ſpeciem; hoc improprie intelligendum eſt, ratione probationis, non reſpectu ipſius obligationis; diximus hac de re plenius ad *tit. Quib. mod. toll. oblig. n. 6.* Theophilus rationem reddit, quare pactum non tollat obligationem, *στρίκταν οὖσαν τὴν ἀγωγήν*, cum ſit, inquit, ſtricti juris actio, quaſi in bonæ fidei judiciis aliter ſe res haberet; quod tamen nuſquam liquet:

* Apud nos juris Civilis diſpoſitio attenditur, adeoque renunciatio exceptionis non numeratæ pecuniæ nihil operatur. *a. l. f. C. de non num. pec.* Et quamvis Carpzov. *P. 1. C. 32. d. 67. n. 9.* Hartm. Piſt. *l. 4. qu. 12. n. 6.* & Coler. *de Proceſſ. Exec. p. 1. c. 10. n. 250. ſeq.* juratam renunciationem, exceptionem non numeratæ pecuniæ plane excludere exiſtiment, contrarium tamen rectius defenditur cum Schiltero ad *ff. Ex. 21. §. 23.* vid. Menck. *Controv. Jur. Civil. Diſput. 4. th. 18.* Cæterum quatenus exceptio non numeratæ pecuniæ inſtrumentis liquidis apud nos opponi queat, monitum eſt ſupra.

‡ Hæc Novella, & quæ inde deſumta eſt, Authentica *Contra. C. de N. N. P.* qua ſcripturam ſuam abnegans, vel numerationem inficiatus, deinde convictus, in duplum condemnatur, Jure judiciario noviſſimo expreſſim recepta eſt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XVI. §. 3.*

Hoc tantum intelleximus ad *d. tit. Quib. mod. toll. oblig.* ipſo jure pacto nudo tolli obligationes, quæ ſolo conſenſu perficiuntur, dum res adhuc eſt integra: aliud erat quod diximus, exceptiones ipſo jure ineſſe bonæ fidei judiciis, qua de re actum *ſupra ad §. 30. de Action.* Stipulationis major eſt efficacia, ut ipſo jure tollat obligationem verborum, quemadmodum ad *d. tit.* de Acceptilatione intelleximus.

6. *Quartum:* Qui pactus eſt a Creditore, ne petat, is adhuc manet obligatus, ſed habet exceptionem Pacti, *§. 3. h.* Nam pactum nudum, uti non parit, ita nec tollit ipſo jure obligationem, * *l. 27. §. 2. de Pact.* niſi ex ſolo conſenſu oriatur, *§. ult. ſupra. Quib. mod. toll. oblig. Quintum;* Qui juravit, adverſario deferente, ſe non debere, tametſi juraſſe ſufficiat, ut exigi nequeat, tamen ipſo jure tenet obligatio prior, quæ exceptione jurisjurandi eliditur. Diſputata fuit hæc quæſtio fuſe ad *tit. de Action. ad poſ. 31.* quam mutare ſententiam religio eſt, quanquam video a recentioribus fere in alia omnia concedi. Donell. *ad d. §. 11.* Vultej. *diſcept. ſcholaſt. c. 7.* Bachov. *ad d. §. 11. diſp. de Action. 8. th. 4.* Difficile tamen eſt aliter docere, quam intelligas. Non repetam, quæ dicta ſunt pridem; niſi quod eſt hujus loci; non eſſe novationem Jusjurandum, quia per exceptionem tollit obligationem, quæ conſecutio argumenti ex iis, quæ *d. loco & ad tit. Quib. mod. toll. oblig.* collocata ſunt, firmatur. Theophilus ad hunc *§. 4.* ἐχρεώστει τις ἐμοὶ ρ νομίσματα, ἀπῄτουν αὐτὸν τὸ χρέος, ἠρνῆτο ἐκεῖνος τὸ ἐποφείλειν, ὅρκον αὐτῷ ἐπήγαγον, ὤμοσεν, ὡς οὐδὲν χρεωστεῖ. οὐδὲν ἧττον ἔρρωταί μοι ὁ κονδικτίτιος, ὥσπερ τὸ πάκτον οὕτω καὶ ὁ ὅρκος οὐ διαλύει τὴν ἀγωγήν. *Erat, qui mihi centum debebat, quæ cum ab eo peterem, & ille debitum abnegaret, juramentum ei detuli; negavit ſe debere; nihilo ſecus condictio mihi firma manet. Sicut enim pactum, ita jusjurandum actionem non tollit.* Eſt hæc paraphraſis ejus, quod Juſtinianus ipſe ait; *ſi debitor, creditore deferente, juraverit, ſe nihil dare oportere, adhuc obligatus manet:* adeoque eadem juramenti, quæ pacti, doli, metus, eſt ratio, quibus non tolli actionem priorem, ſuperius eſt dictum. Hactenus enim pertendimus, jusjurandum non tollere præcedentem actionem, ſed eam adhucdum ſupereſſe, & inſtitui poſſe cum mentione jurisjurandi. Cæterum, an actio jurisjurandi non ut nova inſtitui poſſit, in medio relinquemus; modo id certo conſtet, actorem nec minus, neque plus, quam priori actione, conſequi. Vid. *l. 11. §. 1. & l. ult. de jurej.* D. Vinn. *ad d. §. 11. de action. n. 2.* Eo maxime pertinet, quod non modo exceptio, ut in hoc *§. 4.* traditur, ſed & actio jurisjurandi competit, ubi de in rem actione tractatur, *d. l. 11. §. 1.* nam illic in factum actio contra poſſeſſorem dari dicitur, quæ perſonalis eſſe videtur; eadem tamen utilis, in Rem ſcilicet, vocatur *§. ult. d. l. 11.* Unde hoc colligi poſſe videtur, eum qui juravit, poſſe vel ipſam in Rem actionem cum nova qualitate jurisjurandi, (unde utilis) inſtituere; vel perſonalem in factum inhærentem veſtigiis, iisdemque præditam qualitatibus, quibus prior in Rem actio; niſi quod adverſus eum ſolum, qui jusjurandum detulit, exerceatur. adde Vinn. *d. loco.*

7. Placet unum adhuc omiſſum ad *tit. de Action.* addi; deturne exceptio, proinde & actio Jurisjurandi, ex ejusmodi juramento, quod in judicio delatum, ſententia dein lata, vim rei judicatæ accepit. Eſt hoc videlicet duplex, aut enim partes ſibi invicem hoc deferunt, aut judex ob inopiam probationum id alterutri litigantium defert. Quod attinet ad hoc poſtremum, inde non dari actionem vel exceptionem jurisjurandi, ſed rei tantum judicatæ, ſatis indicat Juſtinianus in *§. 12. ſupra de action.* ubi de jurejurando, quod poſtulante adverſario præſtitum eſt, diſerte loquitur, idque & Vinnius Donello concedit, *ad d. §. 12. n. 3.* ſed ex altera ſpecie, quando pars parti detulit juramentum, etſi mox ſententia ſecuta ſit, dari cenſet eandem in factum actionem & exceptionem, quæ eſt ordinaria jurisjurandi. Sed res docet, exigui vel nullius id eſſe uſus, ſiquidem actio & exceptio rei Judicatæ, quæ tum ſine dubio competit, *l. 35. §. ult. de Jurejur.* hanc de jurejurando plane reddit ſuperfluam; neque textuum a Vinnio adductorum vel unus probat, eo caſu hanc exerceri. Unde relinquitur, uſum hujus exceptionis actionisque eſſe, quando vel extra

* Jure noſtro, imo communi fere Germanorum, uti pacto conſtitui poteſt obligatio, cum condictio ex moribus inde naſcatur, Struv. *S. J. C. Ex. 6. th. 32.* ita etiam quælibet obligatio pacto nudo diſſolvi poteſt, Stryck. *de Caut. Contr. Sect. 4. cap. 3. §. 2.*

Judi-

Digitized by Google

Judicium & ante litem conteſtatam, ex conventione partium juratur, aut etiam in Judicio, verum non ſecuta ſententia, ſi is, qui juravit, hanc ut ſibi neceſſariam, urgere ſuperſederit: enimvero etiam in judicio præſtitum facere locum actioni & exceptioni Prætoriæ, ſatis probant *l. 3. pr. & §. 1. l. 9. §. ult. & l. 30. §. 3. de jurejur.* Si quid tamen in exceptione Jurisjur. ſit præcipui, forte ne hæc ipſa quidem rejicienda erit, *arg. l. 25. de dol.*

8. Necdum dimitti poteſt *hic §. 4.* Ait Juſtinianus, *ſi creditore deferente juraverit debitor, ſe nihil dare oportere, adhuc obligatus permanet, ſed quia iniquum eſt de perjurio queri, defenditur per exceptionem jurisjurandi.* Quid hoc autem verbi videtur? *iniquum eſt, de perjurio queri.* Imo iniquum eſt, non admittere de perjurio querelam. Jus & æquitas flagitat, ut is, cujus perjurium approbari poteſt, non modo repellatur ab iniqua petitione, ſed etiam puniatur. Reſpondendum, conventionale jusjurandum, quod pars parti defert, habere ſe inſtar tranſactionis & conditionis; hoc ſenſit, quod is, qui detulit adverſario jurandi arbitrium, inde litem ſuſpendiſſe videatur; ut ſi juraveris, ipſe vincar, alioquin ego ſuperior evadam, *l. 2. & l. 25. de jurejur.* Inprimis idem probatur ex *l. 21. D. dol. mal.* *Quod ſi deferente me, juraveris & abſolutus ſis, poſtea perjurium fuerit approbatum, Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam, Pomponius autem per jusjurandum tranſactum videri.* Cæterum, ne quis contemptu religionis id fieri putet, additur in *l. 22. ſufficere perjurii pœnam;* quæ cujusmodi ſit, alibi quærendum eſt: Theophilus tamen commodius, pro his verbis *iniquum erat de perjurio queri*, ſubſtituit, *ἄτοπόν ἐϛι κινȣ̃ντα ἐλέγχειν αὐτȣ̃ τὴν ἐπιορκίαν: Abſurdum, vel abs re eſt, perjurii illum arguere.* Generalius enim eſt *τὸ ἄτοπον.*

9. (d) Denique nec is, qui ſententia Judicis abſolvitur, ab obligatione liber eſt, nusquam enim obligatio per ſententiam finiri dicitur, ſed exceptione Rei judicatæ tueri ſe debet; quæ ut opponi poſſit, requiritur, ut eadem res inter easdem perſonas, ex eadem cauſa agitetur, *l. 2. & l. 12.* cum *ſeqq. D. de Except. Rei Judicatæ.* quod dixi de obligatione, cum Juſtiniano in *§. 5. h.* de actionibus in perſonam accipiendum; tametſi exceptio rei judicatæ, in actionibus in rem æque obtineat. Ideo prudenter Theoph. verba, *obligatio durat*, reddit, *αἱ ἀγωγαὶ μένȣσι*, actiones durant. Cæterum, eſt caſus, quo ipſo jure per ſententiam tollitur actio, in *l. 20. §. 1. de dol. mal.* Cujac. *22. obſerv. 15.* Wiſſenbach. *diſp. Inſt. 50. th. 11.* Reliqua ad hanc exceptionem actionemque Rei judicatæ, videbimus ad Pandectas.

10. Quod ad reliqua attinet exempla, remittit nos Imperator ad Pandectas, *§. 6. h.* In univerſum de exceptionibus tenendum; quod ad effectum attinet, parum intereſſe, utrum actio ſit ipſo jure nulla, an per exceptionem elidatur, quod ad definitionem exceptionis intelligendam pertinet, ut ait *l. 112. de R. J.* idque tum maxime elucet, quando Prætor inde ab initio perſpectum habet, exceptionem peremptoriam vere competere; tunc enim litis ingreſſum ſtatim præcidit, actionemque denegat: ita ut exceptioni tum demum ſit locus, quando controverſia eſt, ſive, quando ambigitur, an factum exceptionis, ut reus ait, ita ſeſe habeat; quemadmodum de jurejurando ſcriptum in *l. 9. pr. de Jurejur.* Cum enim Prætor exceptiones ita ſolitus ſit inferere formulis; *ſi juratum eſt, ſi in ea re dolo malo quid factum eſt, l. 2. §. 1. de dol. & met. except.* abſurdum fuiſſet, ejusmodi conditionibus intricare judicia, ubi palam conſtaret, eſſe indubitatas. Proinde, ſi hoc ſenſu Dd. quatuor exceptiones volunt eſſe litis finitæ, jurisjurandi, Tranſactionis, Rei Judicatæ & Præſcriptionis; faciendum eſt, ut earum augeamus numerum, totidemque ejus generis faciamus, quot ſunt exceptiones peremptoriæ, ut quidem videtur. *

11. (e) Diviſio prima eſt, in Civiles & Prætorias, *§. 7.* Sunt autem prætoriæ omnes ſupra expoſitæ, præter exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ oritur ex Conſtitutionibus, *tit. C. de non num. pec.* Civiles autem ſunt, exceptio SCti Vellej. Macedoniani, præſcriptionum legalium &c.

12. (f) Secunda Diviſio Exceptionum eſt, in

* Apud nos quoque omnis exceptio peremptoria litis ingreſſum impediens dici poteſt, ſi in continenti ex actis, documentis gvarentigiatis, aut adverſarii confeſſione, de earum veritate conſtet, *O. P. S. t. 11. §.* Es wären denn dergleichen Exceptiones. Unde exceptionum compenſationis, ſolutionis, pacti de non petendo, non competentis actionis &c. eadem, ac exceptionum jurisjurandi, tranſactionis, rei judicatæ, & præſcriptionis, erit in praxi virtus. Menck. *Diſput. ad Proc. 7. tit. XI. §. 15.*

(d) *Poſ. 11.* (e) *Poſ. 4. 5.* (f) *Poſ. 6.*

peremtorias & dilatorias, *§. 8.* Peremptoriæ ſunt, quæ cauſam perimunt & ſemper agentibus obſtant, veluti omnes antea enumeratæ. Peremptoriæ omnes ſunt perpetuæ, ſcil. ubi ſemel in Judicio fuerint oppoſitæ; tunc enim ſemper proſunt. Etiam alio ſenſu ſunt perpetuæ; ſcilicet, quod ſemper opponi queant, tametſi actiones, quibus exceptiones illæ reſpondent, ſint temporales; Ratio non eſt obſcura; etenim actor ſemper habet in poteſtate, quando litem inferre velit, non æque reus, quo tempore conveniri velit, *l. 5. §. ult. de except. dol. & met.* Tamen ſecundum hunc ſenſum excipitur non numeratæ pecuniæ exceptio, quæ cis biennium duntaxat opponi poteſt, alioquin & hanc eſſe peremptoriam, nec non priore ſenſu perpetuam, res & effectus exceptionis oppoſitæ evidenter declarant, *§. 9. h.*

13. (g) Dilatoriæ ſive temporales ſunt, quæ differunt actionem, & ſolummodo ad tempus obſtant. Hæ rurſus dividuntur, quod vel cauſam ſpectant, vel Judicium, vel perſonas Judicium conſtituentes. *Cauſam*, ut eſt Exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, exceptio excuſſionis ſive ordinis, quæ datur fidejuſſori; quanquam & illa peremptoria eſt, ſi debitor principalis ſolvendo ſit, unde anomalam aliqui dicunt: ſimpliciter dilatoriam vocant Fachin. *l. 8. controv. c. 52.* A. Fab. *Cod. h. t. defin. 1.* peremptoriam ſimpliciter, Tulden. ad *h. t. c. 6.* Vinn. *ad §. 10. h. n. 2.* Item exceptio moratoria, quam princeps debitoribus aliquando indulget, *l. 2. & l. 4. C. de precib. Imp. off.* Ad *Judicium* ſpectant exceptio fori declinatoria, loci non tuti, *cap. 47. X. de appellat.* feriarum, termini nimis anguſti, *t. t. D. & C. de fer. Auth. offeratur. C. de lit. conteſt.* litis pendentis, *c. 19. de for. comp.* Treutl. *diſp. de Except. th. 2. & ſeqq.* *Ad Perſonas*, ut Exceptio, quod quis uon habet legitimam perſonam ſtaudi in judicio, Procuratoris falſi, Judicis ſuſpecti, & ſimilium, *§. 11. h.*

14. (h) Opponi autem poſſunt exceptiones peremptoriæ, tam ante, quam poſt litem conteſtatam,* modo ante ſententiam, *l. 2. C. de ſent. non reſcind. l. 4. C. de Except. l. 9. C. de præſcr. long. temp. l. 10. §. 1. C. de fidejuſſor.* ut tamen in ſtricti juris judiciis neceſſe ſit, eas inde ab initio conteſtari *l. 8. & 9. C. h. t. d. l. 9. C. de Præſcr. l. t.* quod in bonæ fidei actionibus neceſſarium non eſt, *d. l. 2. C. de ſent. non reſc. d. l. 4. C. de Except. d. l. 10. §. 1. C. fideicom.* Ratio, quia b. f. judiciis inſunt ipſo jure exceptiones, *l. 3. de Reſcind. vend. l. 31. & l. ult. de hered. petit.* Donell. *24. comment. c. 2.* Imo nec quidem in ſtrictis conteſtatio erat neceſſaria ejuſmodi exceptionum, quæ nihil facti, ſed merum jus continebant, qualis eſt exceptio diviſionis aut excuſſionis, qua dantur fidejuſſoribus; utpote, cum generali legis mentione ſatis per ſe conteſtatæ videantur, A. Faber *tit. C. de Except. defin. 1. n. 3.* Denique, proditæ ſunt exceptiones duæ, quæ poſt latam quoque ſententiam recte opponuntur, ſuntque Macedoniani & Vellej. Scti, *l. 11. ad Sc. Maced.* quod & de exceptionibus facti, quæ dicuntur, intelligendum per *l. 4. §. 6. & 7. de Re judic.* Item de exceptione, quod quis non teneatur ultra quam facere poſſit, adfirmatur in *l. 41. §. ult. de Re Judic.* Porro dilatorias non niſi ante conteſtationem, opponere licet,** etſi poſt-

* *Ordin. Proceſſus Saxon. Tit. 11* §. Was aber. jubet eas omnes Litis Conteſtationi annectere, unde ſi ante litis conteſtationem oppoſitæ fuerint, rejiciuntur poſt litem conteſtatam, niſi ſint in continenti liquidæ, Carpzov. *P. 1. C. El. 3. def. 14* &, ſi Litis conteſtationi additæ non fuerint, amiſſæ cenſentur, *d. Tit.* §. es ſoll aber. poſtea ergo nullæ amplius admittuntur, ita ut ne omiſſæ quidem in prima Inſtantia, in Appellationis inſtantia objici poſſint, Carpzov. *P. 1. C. 21. def. 6.* niſi poſt factam demum L.C. aut emerſerint, aut ad notitiam rei pervenerint, quo nomine excipienti jusjurandum injungit *O. P. S. d. T.* §. es ſoll. Svendend. *ad Fibig. p. 401.* Sed & in continenti ex inſtrumentis, actis, aut alterius partis confeſſione, liquidas exceptiones peremptorias, in ipſa Executione oppoſitas, haud negligi, apparet ex *O. P. S. t. 39.* §. Wann aber. *add. Dec. El. 2.* ibique Philipp. *Obſ. 8. P. 1. C. El. 8.* Illiquidæ vero exceptiones, executioni intra terminum executivum oppoſitæ, eam non remorantur, ſed in reconventionem rejiciuntur. *O. P. S. t. 39. §. 3.* Berlich. *P. 1. Concl. 84. n. 86.* Nec executionem retardabit reus, licet exceptionem talem, quam ſcit illiquidam eſſe, præveniendo per modum actionis propoſuerit. Carpz. *Dec. 52.* Berl. *Dec. 270. n. 19.*

** Inprimis noſtro Jure, ubi in primo ſtatim termino omnes ſimul præciſe allegandæ ſunt, *P. 1. C. El. 3.* ita quidem ut exceptio fori declinatoria primo urgeatur loco, ne alias reus in judicem conſenſiſſe videatur, Menck. *ad Ord. Proc. tit. 11. §. 3.* Præterea exceptionibus dilatoriis annectenda eſt eventualis litis conteſtatio, qua omiſſa reus in expenſas condemnatur, *O. P. S. t. 11. §. 1.* Cæterum hæ exceptiones & ante litem conteſtatam regulariter probandæ, *O. P. S. Tit. 11. §. 1.* niſi earum indoles aliud ferat, e. g. except. non gvar. ſatisdat. pro reconvent.

(g) *Poſ. 12. 13. 14. 15.* (h) *Poſ. 18.*

ea

ea probari ſufficiat, *l. 19. C. de probat. l. 9. C. h. t.* quod de dilatoriis ad cauſam ſpectantibus accipiendum videtur: Nam quæ ad judicium vel ad perſonas judicium conſtituentes pertinent, eas verius eſt, non modo proponendas, ſed etiam probandas eſſe, cum alioqui judicium occupare & antevertere nequeant; Ita de Procuratoriis ſcriptum eſt in *l. 13. & l. 24. C. de Procuratoribus* * Ferme eadem ratio dictat, exceptiones peremptorias, quæ dicuntur litis finitæ, quia litis ingreſſum impediunt, ante litem conteſtatam eſſe opponendas & in continenti probandas, cum alioqui nullo modo eſſe queant, quod dicuntur. De his uſu fori ſic eſt receptum, exceptiones fori peremptorias atque dilatorias, cauſam ſpectantes, etiam non conteſtatas, usque ad ſententiam recte opponi. Mynſing. *1. obſ. 24.* Gail. *1. obſ. 74. n. 13.* Weſenb. *par. h. t. n. 7.* Gudelin. *4. de jur. noviſſ. c. 7.* Perez. *ad d. tit. C. de Except. n. 9.* Præterea frequentibus populorum ſtatutis cautum eſt, ut qui plures habet exceptiones, eas omnes ſimul & ſemel proponat, priusquam litem conteſtetur. Damhoud. *prax. civil. c. 139.* Mynſing. *5. obſ. 86. 90.* Gudel. *5. de jure noviſſ. c. 7. 8.* Stat. Friſ. *libr. 13. artic. 3.* ubi tantum tres excipiuntur, exceptio litis pendentis, rei judicatæ, & fori declinatoria. Inter exceptiones, quæ perſonis objiciuntur, ſunt Procuratoriæ, veluti, quod minor ſit annis *17. §. 5. Inſt. Quib. manumitt. non lic.* quod miles ſit, *§. ult. h. l. 7. C. procur.* quod mulier, extra certas cauſas, *l. 41. de Procurat.* & ſi quæ præterea ſunt prohibitiones Procuratoriæ.

15. In *§. ult.* traditur, adverſus procuratorem non poſſe opponi exceptionem, quod infamis ſit: unde tamen non ſequitur, infames ad officium Procuratoris admittendos, ſed tantum, quod Judicium prætextu infamiæ illorum, non ſit remorandum. Plane hanc eſſe mentem Juſtiniani, patet ex *fine d. §. ult ne dum,* inquit, *de his altercatur, negotii diſceptatio proteletur.* Ἄτοπον, ait Theophilus, παρὰ προσώπων ποιότητα φιλονεικοῦντας, τὴν τοῦ πράγματος ἐπεκτείνειν ζήτησιν. *Abs re eſt,* inquit, *de perſonarum qualitate litigare, & ipſius cauſæ diſputationem producere.* Hactenus igitur infames admittuntur, niſi occaſione illius diſputationis, cauſa principalis aliquam reciperet moram: Proinde, ſi palam ſit, eſſe Procuratorem, qui pro alio ad litigandum procedit, infamem, is ab Judice non admittetur, *l. 1. §. 5. de Poſtul.* quod utique de hodierna praxi dicendum, qua Procuratoris munus ſolet haberi publicum.

DE REPLICATIONIBUS.

16. Replicatio eſt Actoris reſponſio, qua rei exceptionem refutat, quod exemplo pacti declaratur *in pr.* Pactus es, ne peterem, datur tibi exceptio pacti. Rurſum, pactus ſum, ut peterem, prius pactum non tollitur, ſed nihilominus parit exceptionem; poſterius iterum parit exceptionem, ſive replicationem, qua prius pactum eliditur; & hoc eſt quod dicitur, pacta eſſe facti, non juris *l. 27. §. 2. de pact.* Hoc ſenſu, Replicatio eſt exceptionis quaſi-exceptio, *l. 22. §. 1. de Except.* ** Sed Exceptio exceptionis, qua quis contendat, ſe non cogi ad exceptionem adverſarii reſpondere, non habet rationem, nec ullum in Jure, quod ſciam, datur exemplum. Exceptio eſt actionis excluſio, non exceptionis. Eſt hoc inventum, ut puto, cauſidicorum mali moris & rixoſum. Replicationem actoris ſequitur duplicatio rei, hanc triplicatio actoris, poſtrema fere quadruplicatio eſt; nam quintuplicatio & ſextuplicatio ſunt rarioris uſus, *§. 3. h. l. 2. §. 3. de Except.* Quid eſt autem, quod Reus Triplicare dicitur *in l. 7. §. 1. de Curat. fur.* cum id actoris eſſe partium, liquet e *§. 2. h. t.* Intelligitur in *d. l. 7. §. 1.* duplicatio, quæ appellatur triplicatio, quoniam eſt tertia, quæ in judicio fit, refutatio; nam 1. eſt exceptio, 2. replicatio. 4. duplicatio. Non male conſulunt civitates, quæ vetant ultra duplicationem procedi, omniaque facta jubent in libello & reſponſione comprehendi: quod & juris ratio imperat; cum per eas litis conteſtatio fiat; quæ totum cauſæ ſtatum ju-

* Excepti ones, quæ Procuratoribus objiciuntur, e. g. inhabilitatis, illegitimationis, apud nos quoque in quavis judicii parte admittuntur; maxime vero illegitimationis exceptio, cum judicium retro nullum reddat. Nicol. ad *Pr. P. I. c. 26. n. 1.* Hinc etiam poſt rem judicatam opponi poteſt, Berger *El. Diſcept. Sappl. T. II. p. 267.* Wernher. *Obſ. P. VI. p. 611. & P. V. p. 35.* Non tamen ſuſpendit fatale, Rivin. *Enunc. Jur. ad O. P. S. tit. XI. En. 30.*

** Uſus noſtri fori quoque replicantibus paſſim jura reorum indulget. Ita Actori Replicanti reus tenetur inſtrumenta edere; Hart. Piſtor. *Obſ. 218. n. 24.* Brunn. *ad l. 1. ff. de edend. n. 9.* & replicans ſuper Replica, poſt Gvarandam præſtitam, adhuc reo jusjurandum deferre poteſt, Berger *Diſp. Quomque in Sax. Elect. liceat deferre jusjurand. th. 3.* vid. ejusd. *Elect. Proc. Execut. Poſſeſſ. p. 357.*

dici

Digitized by Google

dici repræſentare debet. Tulden. & Perez. *ad d. tit. C. de lit. conteſt.* *

17. (i) In *§. ult.* traditur alia exceptionum diviſio, *quod vel reales, vel perſonales ſint.* Reales, quæ rem feriunt, & proſunt etiam heredibus ac fidejuſſoribus, ut ſunt omnes peremptoriæ, & dilatoriæ cauſam ſpectantes: Perſonales, quæ in gratiam certæ perſonæ competunt, nec ulterius extenduntur, ut eſt exceptio pacti de non petendo a certa perſona, &c. adde Vinn. *ad h. §.* quod quis non teneatur ultra quam facere poſſit; item exceptio moratoria, quam Princeps quandoque debitoribus indulget, *l. 2. & l. 4. C. de Precib. Imper. off.*

Tit. XV.

De Interdictis.

Continuatio & definitio Interdictorum. An poſſeſſio ſit jus in Re, & an Interdicta ſint actiones in perſonam. Diviſio Interdictorum prima, altera. De interdictis quorum bonorum, & Salviano. De Interdictis retinendæ poſſeſſ. Non poſſe appellari in hiſce. De acquir. retin. & amitt. poſſeſſ. Interdicta Recuperandæ poſſ. Ultima Interdictorum diviſio.

(a) POſt actiones & exceptiones agitur de Interdictis, quæ olim erant formulæ atque conceptiones verborum, quibus Prætor in cauſa veræ vel quaſi poſſeſſionis aliquid fieri jubebat aut prohibebat, *pr. h. t.* Fuiſſe interdicta formulas atque conceptiones verborum, patet ex ſingulis fere titulis, quæ in *lib. 43.* de Interdictis occurrunt. Etenim Prætor ad poſtulationem ejus, qui circa poſſeſſionem ſe ab alio lædi querebatur, adverſarium ad ſe vocabat, cauſa obiter cognita, certam verborum formulam concipiebat, jubens aliquid, aut vetans fieri: Quod ſi adverſarius interdicto non paruiſſet, tum, ſi res dubio carebat, decretum ſuum exequebatur, aut ſi plus ſcrupuli apparebat, actionem atque Judicium ex cauſa interdicti dabat, *l. 1. §. 2. Si ventr. nom. mul. l. 3. pr. Ne vis fiat ei, qui in poſſ.* & tunc quoque, ſicut in aliis cauſis, judex pedaneus dabatur, *l. 21. Quod vi aut clam.* ut etiam ex Cicer. *pro Cæcin. in fin. narr.* apparet. Theophilus neſcio quid velit, cum interdictum ait eſſe ὁμιλίαν πραίτωρος περὶ νομῆς ἢ ὡσανεὶ νομῆς, οὐ τέμνουσαν τὴν ὑπόθεσιν, ἀλλὰ ῥυθμίζουσαν τὸν δικαστὴν, ὥσπερ χρὴ κρίνειν τῆς ὑποθέσεως. *Enunciatum Prætoris de poſſeſſione vera vel quaſi, non decidens controverſiam, ſed judicem quo pacto judicandum ſit, inſtruens.* Hoc rectius de formulis actionum ordinariis, quam de Interdictis ita affirmaveris. Cæterum, vera poſſeſſio eſt rerum corporalium, quaſi poſſeſſio rerum incorporalium, ut ſervitutum & rerum, quæ divini juris ſunt, *l. 18. §. 1. de hered. petit. l. 23. §. 2. Ex quib. cauſ. maj. l. 1. Ne quid in loco ſacro.* Sunt igitur Interdicta de poſſeſſione, ut tamen taxativa particula *maxime,* addatur a Juſtiniano in *pr. h.* quod explicatur a Theophilo; ἐπειδὴ ἔστιν, ὅτε καὶ νομῆς οὐκ ὑπόκειται λόγος καὶ ἰντέρδικτον ἁρμόζει. *Quoniam fieri poteſt, ut poſſeſſionis quoque cauſa non ſubſit & tamen interdictum accommodet* Prætor. Hæc tamen verba ſic accipienda ſunt, ut poſſeſſio non ſola ſubſit; dari enim interdicta, quæ nihil de poſſeſſione, verum ſolummodo ſint de proprietate, mihi non conſtat: Eſt ſane Interdictum de itinere actuque privato, de aqua cottidiana & æſtiva, de locis ſacris & religioſis, quæ proprietatis cauſam continent, *l. 2. §. 2. de Interd. l. 3. §. 11.* cum *§§. ſeqq. de itin. actuque priv. l. 1. §. ult. de Aq. cottid. & æſt.* ſed non alio ſenſu quam per conſequentiam proprietatis veræ vel quaſi, quam habent conjunctam; quatenus in iſtis interdictis vincit ille, qui jus, de cujus uſu agitur, ad ſe pertinere oſtenderit, *d. l. 3. & d. l. 1. §. ult.* vid. Vinn. *ad h. pr. n. 2.* Hodie In-

* *Conſt. 1. Elect. P. 1.* ante litis conteſtationem non patitur partes ultra quadruplicam procedere, permiſſa ergo ſunt actori & reo ſingulis tres poſitiones, drey Wechſel-Säze von Mund aus in die Feder vid. Carpzov *ad d. C. def. 7.* Poſt litem conteſtatam, ſi ſuper puncto incidente proceditur, duæ tantum ſingulis partibus poſitiones conceduntur, *P. 1. C. 9.* conf. *P. 1. C. El. 18. O. P. S. tit. 29. §. 2.* Wenn aber. Atque hoc in diſputatione atteſtationum obſervari ſolet, ita ut ultra triplicam quadruplica prorſus non admittatur, & vel ab actis rejiciatur, vel in judicando non attendatur. Nec aliud obtinet, licet triplica novi quid contineat, cum, quæ in ea noviter adjecta ſunt, negligantur. Martin. *ad Ord. Proc. t. 29. §. 1. n. 60.*

(i) *Poſ. præc. tit. 16. 17.* (a) *Poſ. 1. 2. 3. 4.*

ter-

Digitized by Google

terdicta ſunt Actiones Extraordinariæ, quibus in cauſa veræ vel quaſi-poſſeſſionis inter partes diſceptatur, *§. ult. h. t. Rubr. D. de interdictis ſive extraordinariis actionibus, quæ pro illis competunt.* Dicuntur Actiones Extraordinariæ, quia non ſervatur in iis ordo ſolennis Judiciorum, ‡ ſed brevis cognitio & ſemiplena probatio adhibetur, *l. 8. C. Unde vi. l. un. C. ſi de moment. poſſeſſ. l. 3. C. de Interd. l. 13. C. de Interd. l. 13. C. de Rei vind. l. ult. C. Quor. bonor.* Atque hæc eſt perpetua & generalis differentia inter Judicia petitoria, quibus de proprietate & jure pleno quæritur, ac poſſeſſoria; Quod in petitorio plena & accurata cauſæ cognitio adhibetur, ſecus ac in poſſeſſorio, *dd. ll.** Ratio hujus differentiæ, quia cum homines de facto rei detinendæ certant, quod fit in poſſeſſoriis, ſæpe manibus non temperant: imo ait Theophil. συμβαίνει πολλάκις καὶ φόνους πλημμελεῖσθαι καὶ τραύματα ἐπάγεσθαι, καὶ πληγὰς ἐπιφέρεσθαι, *ſæpe cædes, vulnera & verbera infliguntur.* Ideoque celeriter ejusmodi certamina decidi oportet. Alio tamen ſenſu extraordinariæ dicuntur actiones, in *§. ult. h. t.* quippe illic eodem ſenſu vocantur extraordinariæ, quo cunctæ actiones. Scilicet ordinariæ erant, in quibus Judex pedaneus a Prætore dabatur; extraordinariæ ubi Magiſtratus ipſi cognoſcebant, & ſententiam ferebant. *tit. de extraord. cognit.* ut ſæpe alias dictum atque dicendum eſt: Accurate igitur loquendo, non ſunt introductæ hoc ſenſu actiones extraordinariæ, quia nunc omnes ejusmodi ſunt, nullæque amplius, more veteri, ordinariæ. Habent tamen hodieque Interdicta quædam ab aliis actionibus diverſa. Nam hæ ſunt vel civiles vel Prætoriæ, interdicta juris Prætorii tantum. Actiones de privatis tantum negotiis, Interdicta etiam in publicis interponuntur. Illæ ſuper omnibus rebus, quæ ſunt in patrimonio, hæc ſuper poſſeſſione. Actiones dantur, ut res perpetuo ſint penes nos; Interdictis id tantum agitur, ut rei detentio maneat, nec aliter quam per Judicem mutetur. Actiones ſunt vel in Rem vel in perſonam; Interdicta omnia ſunt in perſonam actiones, licet in Rem conceptæ, *l. 1. §. 3. de Interdict.*

2. Hic præteriri non poteſt illa nobilis controverſia, ſitne poſſeſſio jus in Re, quemadmodum vulgo appellatur, quod rem ipſam, ubicumque ſit, afficiat, an vero Jus ad Rem: Sunt, qui deſperantes evincere, quod poſſeſſio ſit Jus in Re, volunt jus poſſeſſionis tale eſſe habendum. Quid ſit poſſeſſio, diximus ad *tit. de Uſucapion.* Jus poſſeſſionis quid ſibi velit, animadvertamus. Cupiunt viri docti, poſſeſſionem haberi pro facto detinendi, jus poſſeſſionis inde multo eſſe diverſum. Sed in capite Pandectarum de acquirenda poſſeſſione, nihil aliud, quam faculta-

‡ Quod ad Poſſeſſorium Summariiſſimum attinet, noviter eſt conſtitutum, ut citationes ſtatim ſub pœna confeſſi & convicti decernantur; rotuli non niſi judiciales, coram quocunque tamen judice confecti, admittantur; jurisjurandi delatio & interrogatoria ceſſent; reo æque liceat porrigere rotulos judiciales Redemonſtrationis cauſa; ſi hoc neglexerit, per interlocutoriam, ut offerat, ne injungatur, ſed ſtatim definitive pronuncietur; &, qui unum pluresve quietæ poſſeſſionis actus, &, quod ad Jurium & Servitutum poſſeſſionem attinet, in ſervitutibus equidem continuis poſſeſſionem ſaltim annuam, in diſcontinuis præter hanc tres actus rite exercitos pro ſe deduxerit, in poſſeſſione ſua defendatur, nulla leuteratione aut appellatione, licet ſuper damnis & ſumtibus ſimul fuerit pronunciatum, aut utraque pars ad ejusmodi remedium confugerit, admittenda. Judex tamen a quo, ex officio Judicem ad quem de interpoſita appellatione inſtruet; Illis etiam perſonis, quæ beneficio reſtitutionis in integrum gaudent, loco illius, una leuteratione aut appellatione uti licebit. *Appendix Ordinationis Illuſtrata & Emendata §. 19.* Sciat autem in poſſeſſorio ſummariiſſimo defenſus, ſi in poſſeſſorio ordinario, aut petitorio cauſa forte cadet, ſe pro malæ fidei poſſeſſore habendum eſſe, fructusque omnes perceptos & percipiendos, damnaque & ſumtus cum alios, tum ob poſſeſſorium ſummariiſſimum factos, a ſe eſſe reſtituendos. *d. App. §. 20.*

* Uſus fori noſtri ſequitur Jus Canonicum, ac in poſſeſſorio ordinario, quo de antiquiore & juſtiore poſſeſſione agitur, proceſſum ſolennem ordinarium retinet, *a. c. 9. X. de probat. c. 5. X. de cauſ. poſſ. & propr.* Carpzov. *l. 1. Reſp. 9. num. 10. j.* Dn. Autorem *infr. h. tit. poſ. 13. inf.* In poſſeſſorio autem, quo de præſenti & momentanea poſſeſſione quæritur, quod ſummariſſimum ſeu ſummarium vocant, ſummariam cauſæ cognitionem tantum requirit, vid. *Reſ. Grav. d. Anno 1653. gr. 36.* §. Setzen. *Dec. El. 1.* Carpzov. *Proc. t. 1. art. 5. n. 48. ſeq.* conf. tamen Berger. *Elect. proceſſ. Poſſeſſ.* ubi negat dari judicium poſſeſſorium, quod ratione Proceſſus ſit ordinarium *th. 1.* & omnes cauſas poſſeſſorias ſummario Proceſſu tractandas eſſe contendit. *add.* Schilt. *ad ff. Exerc. 13. th. 10.*

tem detinendi rem, & non factum detinendi nudum intelligi, opinatus ſum, atque ita vetuſti Dd. & ſecutus hosce Bachovius ad *Treutl. diſp. de acquir. poſſ. th. 1.* opinabantur, quando poſſeſſionem definierunt, *jus rei corporali inſiſtendi*, nec diverſo ſenſu JCti per pleroſque tituli allegati textus. Sed nec intercedimus, quin tu jus poſſeſſionis dicas, ſic tamen, ut nihil ea vox diverſitatis hujus controverſiæ definitioni illatura ſit. Jus dominii, jus ſervitutis, jus uſusfructus, dici atque intelligi poteſt, cum aliqua diſtinctione a dominio, ſervitute, uſufructu. Sed cum domino & uſufructuario, jus dominii & jus uſusfructus tribuimus; nihil novi, nihil quod non dominium & ipſe uſusfructus indicabat, illis adſcribimus. Perinde, qui jus poſſeſſionis interpretatur, nihil novi, quod non ipſa poſſeſſio continebat, proferre poteſt. Docet hoc Grotius, qui in artem ſuam diſcrimen poſſeſſionis & juris poſſidendi intulit, *lib. 2. Juriſp. Holl. cap. 2. in pr. Jus poſſidendi eſt, quod ex poſſeſſione ſequitur*, inquit, & quale tandem? Explicat ſe in §. 8. *Jus inde oriundum eſt, ait, quod quisque rem a ſe poſſeſſam detinere, & ſibi eripere volenti reſiſtere poſſit.* item, *quod in poſſeſſione maneat, donec alius rem jure evincat.* Qui habet poſſeſſionem, is hoc jure gaudet; qui poſſeſſionem non habet, is neque commodo poſſeſſionis fruitur; adeoque ſatis puto conſtare, quod is, qui poſſeſſionem amiſit, nullum jus poſſeſſionis habeat, neque ſe commodo poſſeſſionis tueri queat: habet quidem jus ad recuperandam poſſeſſionem; ſed recuperare ſatagit, ut jure poſſeſſionis iterum gaudeat. Plane extra controverſiam habetur; Jus poſſeſſionis cum ipſa poſſeſſione naſci & extingui. Ideoque argumenta, quibus alias probavimus, poſſeſſionem non eſſe jus in Re, non minus directe conveniunt in hoc, quod jus poſſeſſionis dicitur, quam in poſſeſſionem ipſam. Quare ut effugium ſubtrahatur, faciamus liquidum, quod jus poſſeſſionis ex eorum numero haberi non poſſit, quæ jura in Re ſolent appellari. Jus in Re ex conſenſu omnium ita deſcriptum eſt, quod rem afficiat, rem devinctam teneat, ubicunque & penes quamcunque perſonam ſit; ejus autem naturæ non eſt jus poſſeſſionis; ſed hoc, ubi res mihi erepta eſt, perit confeſtim, *l. 15. de acquir. poſſ. l. 5. de uſurp.* Jus poſſeſſionis eſt momentaneum, *t. Cod. ſi a moment. poſſ. l. ult. C. qui legit. perſ. ſt. in jud.* Quid? jus in re conſtitutum & ſtabilitum, ſtatim atque res mihi ſubrepta vel deperdita erit, extinguetur? Imo tum maxime ex quolibet jure in Re, contra quemlibet datur actio in rem, ad id, quod amiſſum eſt, repetendum: ſed ex jure poſſeſſionis nunquid actio in rem proficiſcitur, qua rem amiſſam, ſubreptam, a quovis poſſidente repetamus? Contrarium Paulus teſtatur in *l. 7. ff. Unde vi.* atque hæc ſecunda ac invicta ratio eſt. Sed audio, qui tum ex jure poſſeſſionis volunt in rem naſci actionem, quando agitur de retinenda poſſeſſione, idque probant ex *l. 1. §. 4. & ult. & l. 2. uti poſſid. l. 3. C. de interd. l. 14. §. ult. de except. rei jud. pr. §. 4. in fin. §. 6. & ult. Inſt. de Interd.* Neſcio, an quicquam facile ineptius & a ratione juris alienius a viris Doctis excogitari potuerit, ut is, qui poſſidet, in rem adverſus non poſſidentem agere dicatur. Interdicta retinendæ dantur his, qui ſe poſſidere contendunt; ſed qui hoc affirmat, is *τὸ ἀδύνατον* implicat, ſi rem ſibi reſtitui contendat: atqui hoc eſt agere in Rem. Qui de re corporali in rem agit, *is non poſſidet*, ait Imp. *ſub fin. §. 2. I. de action.* ſed qui retinendi interdicto experitur, is in hoc ſe fundat, quod poſſideat: ideo in caſſum dicitur, uti poſſidetis agi, adverſus eum, qui ſe etiam poſſidere contendit. Nam qui implorat interdictum, id negat, & ſe ait poſſidere, nec ad reſtituendum poteſt contendere; quod facere debet, quicunque rem vindicat. In legibus objectis nihil ad rem pertinens reperitur. Jus in re & quod ad rem vocatur, judicia pariunt petitoria, quæ perpetuo opponuntur his, quæ ex jure poſſeſſionis oriuntur. Erit forte, qui dilemma torquebit; jus poſſeſſionis, ad Rem erit, vel in Re; ſed jam dixi, poſſeſſoria judicia, ut petitoriis opponuntur, ita fundamentum quoque poſſeſſorium diſcrepat a cauſis petitoriis. Petitoria naſcuntur ex jure in Re, vel ad Rem: poſſeſſoria quia opponuntur illis, eaſdem non poſſunt habere cauſas. Poſſeſſio igitur, vel jus poſſeſſionis, neque in Re, neque plane ad Rem eſt. Non ſumus ſolliciti, ne non diviſio parum plena videatur, ſi quod jus extat ab utraque illa ſpecie diverſum: duntaxat enim docendi cauſa hæc diviſio ab Interpretibus ex Jure Pontificio adoptata eſt, ut alias diximus. Non quæritur in Interdictis, quo jure res teneatur, non de jure in Re conſtituto, vel de jure ad Rem conſequendam, ſed de facto, quis rem teneat. Poſſidenti id lex tribuit, ut retineat rem, donec de jure in ea Re vel ad Rem conſtet; Ergo ipſa poſſeſſio tale jus non eſt.

Sit

Sit poſſeſſionis aliquod jus: nihil hoc aliud eſt, quam facultas a lege homini circa rem tributa, ut contra manus aliorum tutus ſit; omnia enim de poſſeſſione judicia huc tendunt, ne ſitus, in quo res eſt, alia quam juris via mutetur, inſuper habita cauſa, per quam res eam poſitionem accepit. Etiam is, qui nullam, vel aperte injuſtam poſſeſſionis ſuæ cauſam habet, æque tamen, quam qui juſtiſſimam, jure poſſeſſionis gaudet. Fures & prædones habent jus poſſeſſionis etiam in rebus furtivis; quid eſt abſurdius, quam vi vel furto jus perfectum & perpetuum adipiſci? ſed quia poſſeſſionis momentaneum jus eſt, ideo hactenus nihil abſurdi; publice enim intereſt, etiam fures & prædones in poſſeſſione defendi, donec res legitimo tramite ab illis evincantur; ne rixis & tumultibus feneſtra aperiatur. Argumentum igitur minime vanum eſt; Jus in Re, vel ad Rem, ex cauſa nulla vel iniqua acquiri, aut amitti non poteſt; ſunt enim ejusmodi hæc jura, ut ſemel quæſita citra injuriam eripi nequeant. Igitur ut ex legum auctoritate jus in re per furtum & rapinam acquiratur, aut ſemel ſtabilitum amittatur, rationi repugnat. Atqui poſſeſſio, inquam, ex cauſa nulla & injuſta oritur. Utriusque exemplum eſt in *§. 2. Inſt. de Uſucap.* *Qui loci vacantis poſſeſſionem propter abſentiam aut negligentiam domini ſine vi nanciſcitur*, is eum *poſſidet*; aperte ſine ulla cauſa. Si per vim fundus occupetur, jam ex injuſta cauſa poſſidetur, uti & fures poſſidere noſcuntur, *eod. §. 2.* Eadem amiſſionis ratio eſt; Nam poſſeſſio per vim, per fraudem, a fure, a prædone, poteſt eripi, *l. 15. de acquir. poſſ.* ita ut nos jus poſſeſſionis amittamus, idemque illi perfecte conſequantur, *l. 2. Uti poſſ.* quod, ſi jus in Re eſſet, nullo modo tolerandum foret; neque adeo tolerandus error eſt, quo id affirmatur.

3. (b) Diviſio Interdictorum in *h. tit.* triplex proponitur. Prima diviſio, quod ſint vel prohibitoria, vel reſtitutoria, vel exhibitoria. Interdicere quidem eſt probibere potiſſimum; ſed non eſt inſolens, ut nomen generis ab una ſpecie petatur, *hoc §. 1. in fin.* quamquam forte ne quidem ita neceſſe fuerit; ſi quidem etymologica ratione, Interdicta ſunt appellata, quia vel inter duos, vel interim dicuntur, Iſidor. *l. 5. c. 25.* quod æque de reſtitutoriis & exhibitoriis, quam de prohibitoriis affirmari poteſt. Sunt prohibitoria, quibus Prætor aliquid fieri vetat, veluti, ne quis vim faciat ſine vitio poſſidenti, ne quis mortuum in locum, quo jus ei eſt, inferentem impediat; ne quis in loco ſacro ædificet, vel in flumine publico ripave aliquid faciat, quo pejus navigetur; hæc in *§. 1. h. t.* explicantur, & ſpecialiter ſingula in *l. 1. de mort. infer. l. 1. & paſſ. Ne quid in loc. ſacr. l. 1. de flumin.* Reſtitutoria Interdicta ſunt, quibus Prætor aliquid reſtitui jubet, veluti bonorum poſſeſſori poſſeſſionem eorum, quæ quis pro herede, aut pro poſſeſſore ex ea hereditate petit, quod eſt interdictum Quorum bonorum, de quo plenius in *§. ſeq.* aut cum jubet ei, qui vi de poſſeſſione dejectus ſit, reſtitui poſſeſſionem, quod fit interdicto de vi & vi armata, de quo agemus *inferius*. Denique exhibitoria ſunt, per quæ Prætor jubet aliquid exhiberi; veluti eum, inquit Cæſar, cujus de libertate agitur, quod eſt interdictum de homine libero exhibendo; aut libertum, cui Patronus operas indicere velit; aut cum parentes de liberis, quos in poteſtate habent, exhibendis ſibi agunt, de quibus ſunt tituli in Pandectis peculiares, de *homine libero exhib. & de liberis exhib.*

4. (c) Sequitur ſecunda Interdictorum diviſio, quam perſequitur Imperator in §. 2. 3. & 4. quod interdicta ſint vel adipiſcendæ, vel retinendæ, vel recuperandæ Poſſeſſionis. Scilicet, adipiſcimur poſſeſſionem, quam nunquam habuimus; Retinemus, quam habemus; Recuperamus, quam amiſimus, ut res & ipſa verba loquuntur. Adipiſcendæ igitur poſſeſſionis interdicta dantur iis, qui jus habent præ omnibus aliis res detinendi, at necdum earum detentionem adepti ſunt. Interdicta retinendæ poſſeſſionis competunt iis, qui jam rebus incumbunt, easque vere & actu poſſident, in eum finem, uti ne in poſſeſſione turbentur eamque rurſus amittant. Recuperandæ pro his introducta ſunt, qui cum antea res poſſiderent, aliorum facto violentiaque detentionem amiſerunt, hoc fine, ut quietam poſſeſſionem recipere eaque gaudere poſſint.

5. (d) Jam Adipiſcendæ poſſeſſionis interdicta ſunt, Quorum bonorum, & Salvianum, *§. 3. h.* Interdictum Quorum bonorum datur originaliter bonorum poſſeſſoribus, dein & heredibus, *l. 1. C. Quor. bonor.* ad petendam poſſeſſionem rerum hereditariarum adverſus eos, qui pro herede, vel pro poſſeſſore poſſident, *d. §. 3.* Cæterum, differentia inter heredes & bonorum poſſeſſores eſt, quod heredes ſint jure Civili, &

(b) *Poſ. 6.* (c) *Poſ. 7.* (d) *Poſ. 8. 9. 10. 11.*

bonorum poſſeſſores jure Prætorio, ſed quod ad effectum nihil differunt, ut alias dictum. Proprie eſt hoc interdictum pro bonorum poſſeſſoribus, *l. 1. C. Quor. bonor.* Jam pro herede dicitur poſſidere, qui putat, vel ſaltem contendit, ſe eſſe heredem: pro poſſeſſore, qui ſcit, ſe non eſſe, nec etiam dicit ſe eſſe heredem, *§. 4. h. tit.* qui ſupplendus ex *l. 11. & l. 12. D. de Heredit. petit.* ad quem tit. latius hoc explicandum. Differt hoc interdictum a petitione hereditatis, tam civili quam poſſeſſoria, quia illud tantum eſt de corporibus, *l. 2. D. Quor. bonor.* hoc de juribus quoque incorporalibus, *l. 19. & 20. de hered. pet.* deinde in illo tantum petitur detentio, in hac plenum jus dominiumque rerum. Tertio, in hoc ſemiplena ſufficit probatio; In illa plenisſima requiritur. Quæ duæ differentiæ, ſunt communes in omnibus judiciis petitoriis ac poſſeſſoriis, ut antea dictum. Huic affine eſt Quod legatorum, quod datur heredibus ad repetendas res legatas a legatariis occupatas, ut ipſi, heredes, inde Falcidiam detrahant, *l. 1. §. 2. Quod Legat.*

6. Salvianum interdictum plane reſpondet actioni Servianæ, de qua vide *n. 1. ſupra de Actionibus;* tantum illa duo generalia diſcrimina modo allegata heic etiam obſervantur. Ex. gr. cum in Serviana dominium fundi probare oporteat, rem fuiſſe in bonis coloni, huic ſufficit probaſſe, quod res in fundum invecta aut illata ſit. Eadem ratio erit Interdicti quaſi-Salviani reſpectu actionis quaſi-Salvianæ, quam ſupra intelleximus: Et hæc ita obſervantur, Gail. *2. obſ. 26. n. 1.* Dantur omnino plures interdictorum ſpecies, tam in genere adipiſcendæ, quam retinendæ poſſeſſionis, at nos intra terminos Inſtitutionum ca'anum heic retinebimus.

7. Placet addere, poſſeſſionem, vel jus ejus, reſpectu interdictorum Acquirendæ poſſeſſionis, non eſſe jus in Re, quod quidem hac parte eſt evidentiſſimum. Nam, qui agit hisce interdictis, non poſſidet, nec habet jus poſſeſſionis, verum de acquirenda poſſeſſione laborat, *h. §. 3.* Habent quidem Interdicta Acquirendæ hanc ſimilitudinem cum actionibus in Rem, quod dantur adverſus poſſidentes; ſed ut poſſeſſio, illorum intuitu, jus in Re diceretur, actionem in rem ex poſſeſſione naſci oporteret. Actor habet quidem jus Acquirendi poſſeſſionem, hoc eſt, ut liceat ei acquirere poſſeſſionem: At hoc nemo, cum jus poſſeſſionis appellat, intelligi cenſet; Etenim jus poſſeſſionis volunt eſſe, quod ex poſſeſſione ſequitur, eamque præexiſtere ſupponit, ut modo *ad n. 2.* eſt explicatum. Proinde fieri non poteſt, ut interdicta Acquirendæ poſſeſſionis, oriantur ex poſſeſſione, vel ejus jure, cum Actor, inquam, hic non poſſideat. Quid autem? ſuntne hæc Interdicta actiones in Rem, an in perſonam? Ulpianus in *l. 1. §. 3. de Interd.* ita diſerte; *Interdicta omnia, licet in rem videantur,* ait, *concepta, vi tamen ipſa perſonalia ſunt.* Verba, *licet in rem concepta videantur,* bifariam accipi poſſunt; vel ita, licet circa rem verſentur, & non circa præſtationes perſonales: nam poſſeſſio rem ipſam proprie ſpectat. Vel hoc modo, licet fieri poſſit, ut in rem ſcripta ſint, contraque poſſeſſorem quemlibet dentur; Origine tamen fundamentoque, & vi ipſa bene inſpecta, ſunt perſonalia; quia non dantur ea domino ex jure aliquo in Re conſtituto, nec proinde ad effectum ejusmodi juris conſequendum tendunt. Imo vero, dices, interdicta Acquirendæ naſcuntur ex jure, quod eſt vere in Re conſtitutum; Nam interdictum Quorum bonorum, eſt ex jure hereditario, & Salvianum ex jure pignoris, *l. 1. & toto tit. D. Quor. bonor. l. 1. §. 1. de Salv. interd.* At ego probo, nec interdictum Quorum bonorum, eſſe ex jure hereditario, neque Salvianum ex jure pignoris. Ratio ſit duplex; Prima, Hereditatis petitio, tam civilis quam poſſeſſoria, naſcitur ex jure hereditario; de Salviano deinceps. At ex juris ratione fieri non poteſt, ut petitorium de hereditate, & poſſeſſorium de eadem re judicium, veniant ex uno eodemque principio atque fundamento proximo; cum toto genere diſcrepantia ſint judicia. Ratio altera petitur ab exitu judicii ſententiaque in Interdicto Quorum bonorum. Notum eſt enim ſententiam in judicio recte legitimeque inſtituto, debere eſſe conformem fundamento actionis primæque petitioni; At eventus judicii non eſt, ut jus hereditarium Actori adjudicetur, ſed tantum detentio rerum corporalium, quæ ad hæreditatem pertinent. Ac inde tum ratio tertia ſuggeritur; Actio, quæ ex jure hereditario naſcitur, euncta quæ ſub jure hereditario continentur, neceſſario comprehendit, tam incorporalia, quam corporalia, ut ſuperius dictum. At Interdictum Quorum bonorum, non niſi de rebus corporalibus proditum eſſe, conſtat *l. ult. D. Quor. bonor.* Sed urgebis, ut ediſſeram, unde igitur Quorun bonorum naſca-

Digitized by Google

naſcatur interdictum. Et ſine hæſitatione dicam; Id eſſe fundatum in poſſeſſione, quam ex Edicto prætoris adeptus eſt Actor, tametſi forte jus hereditarium penes eum revera non conſiſtat. Conſtat enim, prætorem in danda bonorum poſſeſſione, non exacte & peremptorie examinare merita juris, quod a quoque petitore allegatur; ſed exempli gratia, ex teſtamento dari bonorum poſſeſſionem, modo ſeptem teſtium ſignis ſit ſignatum; licet in eo vitium aliquod intrinſecus extet, quod impediat, ne jus hereditarium ſcripto heredi convenire poſſit. Unde frequenter evenit, ut poſſeſſio a prætore decreta, fiat ſine re & ſine effectu, aliiſque denuo bonorum poſſeſſio contra tabulas ejusdem teſtamenti detur, *§. 12. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. deſ.* Quod etiam Viglius *in pr. Inſt. de liber. exhered.* & Contius *2. ſubciſ. lect. 14.* recte de caſu filiifamilias in teſtamento præteriti adfirmant: cum hoc effectu, ut quamdiu filius quieſcit, bonorum poſſeſſio valeat, ſecundum *l. 17. D. de injuſt. rupt. irrit. teſt.* quæ dein vel bonorum poſſeſſione contra tabulas, *l. 2. ff. de b. p. ſ. t.* vel ab inteſtato *l. 1. §. ult. de bon. poſſ. ab. inteſt.* reſolvitur atque revocatur. Sic abunde, ni fallor, liquet jus hereditarium, illud inquam jus in Re, non eſſe fundamentum Interdicti Quorum bonorum, ſed aliud minus firmum atque perfectum, actoremque ſe fundare in eo, quod æquum ſit, poſſeſſionem, hoc eſt rerum detentionem, ſibi duntaxat præſtari. Facili jam negotio intelligitur, circa fundamentum Salviani Interdicti nihilo plus fore difficultatis omnibusque reliquis interdictis, quæ de ſervitutibus dantur. De ſervitutibus inquam, non ex ipſo & vero jure ſervitutum, quod in rebus conſtitutum eſt: Rurſus eadem ratione, quod fieri non poſſet, quin, ſi jus ipſum ſervitutis eſſet in petitione, idem veniret in adjudicationem. Unum duntaxat eſt Interdictum, quod ex ipſa ſervitute, adeoque ex jure in Re competit, *de itinere actuque privato*, & ex quo nihilominus tam evidenter noſtræ veritas aſſertionis elucet, quum exceptio confirmat regulam in caſibus non exceptis. *Hoc autem*, ait Ulpianus in *l. 3. §. 13. D. de Itin. act. priv.* ſecundum ſcil. Interdictum de itinere actuque privato, *a ſuperiore diſtat, quod illo quidem interdicto omnes uti poſſint, qui hoc anno uſi ſunt, hoc autem interdicto eum demum uti poſſe, qui hoc anno uſus eſt & jus ſibi eſſe reficiendi, edoceat. Jus autem eſſe videtur ei, cui ſervitus debetur. Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res docere debet, & hoc anno ſe uſum, & ei ſervitutem competere.* Non poterat clarius docere ICtus, quam, regulariter quidem Interdicto non agi ex ipſis ſervitutibus & ex jure in re conſtituto, ſed ex ejusmodi fundamento, quod quidem ſervitutis mentionem recipiat, ſed in ea tamen ipſa meritum cauſæ non collocet; tunc enim & ad probandam ſervitutem actor adſtringeretur; quod eum non facere cogi, hoc ipſo e verſu manifeſtum eſt. Duntaxat ejusmodi jus circa rem probare debet, ex quo æquum ſit, actorem potius eam rem poſſidere quam adverſarium. Ipſum jus ſervitutis deinceps in judicium petitorium deducetur; atque ita in pignore, in jure hereditario, & ſi quæ ſint alia jura, de quibus tam poſſeſſoria quam petitoria dantur judicia, uſu venire, nemo, qui incorruptis juris principiis initiatus eſt, ignorare poteſt, ut pridem in *animadverſ. ad jus in Re & ad Rem* probavimus *cap. 18.*

8. (e) Retinendæ poſſeſſionis Interdicta ſunt, Uti poſſidetis, & Utrubi. Uti poſſidetis datur ei, qui contendit, ſe poſſidere rem immobilem, petique, ut ea poſſeſſio ſibi conſervetur. Qua in re non leve commodum conſiſtit, ſiquidem poſſeſſor rem ſervat, donec alter plene ſuam eſſe rem probaverit, *l. 2. C. de Probat. l. ult. C. de rei vindicat.* Unde JCtus in *l. 24. de R. V.* prudenter monet, eum, qui in Rem judicio petitorio vult agere, primo omnium diſpicere oportere, an non aliquo Interdicto poſſeſſionem adipiſci queat, ut ejus medio detentionem rei nactus, ingenti onere dominii probandi allevetur. *Utrubi* Interdictum ejusdem eſt ſententiæ, tantum quod de re mobili ſit, *§. 4. h. tit.* Habent hæc interdicta duplicem uſum; *Primus* eſt, ſi unus rem evidenter poſſidens, ab alio in poſſeſſione turbetur, (hoc vulgo *mainteuue*,) huic enim aliud quam hoc ipſum non poteſt applicari interdictum; utique non *unde vi*, cum hoc ſit recuperandæ poſſeſſionis, quemadmodum inferius intelligetur. Alter uſus eſt, cum duo contendunt ſe poſſidere, quod Galli vocant *Redoublement;* tunc enim Judex, uter poſſideat, hoc judicio ſtatuere debet; ejusmodi adjudicationem Galli hodie vocant *Recreance.* Olim in Uti poſſidetis vincebat is, qui tempore interdicti ſine vitio poſſidebat. In Utrubi ſuperior is erat, qui majore parte anni poſſederat; hodie in utroque

(e) *Poſ. 15. & ſeq.*

Digitized by Google

Judicio ſecundum eum pronunciatur, qui tempore litis conteſtatæ, nec vi, nec clam, nec precario poſſidet ab adverſario; nam etſi a tertio rem vitioſe adeptus ſit, ſuperior ipſe tamen evadit, *§. 4. in fine h. l. ult. D. de Acquir. poſſeſſ.* At jure Canonico, quod uſu magis ſervatur, ſuperior eſt, qui antiquiorem poſſeſſionem docere poteſt, *c. licet. 9. X. de probat.* Cæterum, etſi proprie *Uti poſſidetis* interdictum de rebus ſoli detur, utiliter tamen ad ſervitutes, de quibus interdicta peculiaria non ſunt prodita, extendi videtur, per *l. 8. §. 5. Si ſervit. vind. l. ult. de ſervit.* Hotom. *ad h. §. 4.* Vid. Bronchorſt. *2. antin. 2.* & D. Wiſſenbach. *ad h. tit. th. 28.* Adde Giphan. *ad l. 3. C. de Interd.* Diſſentire illi videntur, at ita, ut de conciliatione non ſit deſperandum. Cæterum, ex eo, quod hoc interdictum poſſeſſorem tueri dicitur, in *l. 1. §. 6. & ult. l. 2. l. 1. in pr. & l. ult. D. Uti poſſid.* ſequitur, heredi id non dari, quia poſſeſſio non tranſit in heredem, niſi denuo apprehenſa, *l. 23. in pr. de Acquir. poſſeſſ.* Sed ubi receptum eſt, ut poſſeſſio defuncti per ſe tranſeat in heredem, ibi hoc quoque Interdictum heredibus dari, conſentaneum eſt. Eſt illa Galliæ inprimis conſuetudo, ubi proverbium; *Le mort ſaiſit le vif;* de quo Tiraquell. librum ſcripſit ſingularem, vid. *part. 6. declar. c. 1. n. 1. & 2.*

9. Porro, qui in poſſeſſorio victus eſt, non habet aliud remedium, quam ut tranſeat ad petitorium, quo ſi probet, rem eſſe ſuam, ſimul in poſſeſſionem reſtituitur; etenim appellatio in poſſeſſoriis non conceditur, *l. unic. C. ſi momentanea poſſeſſ.* Cujac. *1. obſerv. 2.* Sed moribus ſeculi fit appellatio, cum effectu devolutivo cognitionis, * non ſuſpenſivo executionis, ut loquuntur: hoc eſt, ſuperior Judex cognoſcit, an recte ſit judicatum, ſed interim ſententia executioni mandatur; quod inſtitutum eſt ex Jure Canonico, *c. ex conjectione, de Reſtit. Spoliat. c. ſignificaverunt. X. de Teſtib. c. un. Clem. 1. de ſequeſtr. poſſ.*

10. Poſtremo, notemus hoc iterum, quod jam monuimus *ad n. 2.* Interdicta retinendæ poſſeſſionis non poſſe in Rem actiones eſſe, nec ideo illorum intuitu poſſeſſionem jus in Re dicendam, *eo quod interdicta retinendæ dentur his, qui ſe poſſidere contendunt, ſit vero τῶν ἀδυνάτων, ut is, qui poſſidet, rem ſibi reſtitui contendat, quod eſt in rem agere.* Imo certum utique eſt, ajunt diſſentientes, poſſidenti contra poſſidentem, ea interdicta dari, *§. 4. Inſt. de Interd.* quibus auctoribus deciſa videlicet eſt quæſtio, an duo rem poſſidere queant, quod Paulus adeo fortiter negat in *l. 3. §. 5. de Acquir. poſſ.* Sed inſtant, ſcilicet, *eum, qui habet jus poſſeſſionis, de retinenda agere contra eum, qui tantum habet detentionem.* Vellem hujus rei uſum & exemplum declararent; Nam quod ad primum attinet uſum, quem habent Interdicta Retinendæ, quando is, qui evidenter poſſidet, ab alio turbatur, res eſt manifeſta, dari hoc Interdictum poſſidenti contra non poſſidentem. Atqui interdicta retinendæ, quatenus duplicia ſunt, & utriusque poſſeſſio allegatur, conſtat inter eos dari, qui ſic ſe poſſidere contendunt, ut ab ipſis judicio vindicationis res peti debeat, ſive ut Juſtiniani verbis utar, *in §. 7. Inſt. de Interd. quando par utriusque litigatoris conditio eſt*, ita ut uterque ſeſe æque poſſidere contendat: quæ poſitiones cum actionis in Rem natura nullo modo conveniunt. Et quid diſputamus hac de re? Juſtinianus hunc prætextum actionis in rem funditus tollit, cum in *fin. §. 4. h. t.* ſic ait: *ut ille vindicat*, de interdictis Retinendæ agit, *qui poſſeſſionem nec vi, nec clam, nec precario ab adverſario, litis conteſtatæ tempore detinet.* Apage igitur cum commento, ei competere hoc Interdictum, qui habet *jus poſſeſſionis*, adverſus eum, qui tantum habet *detentionem.* Imperator affirmat, eum vincere hoc Interdicto, qui rem detinet; Atqui in rem actio, quoties de re corporali, ut hic, agitur, ei tantum datur, qui non poſſidet, ait diſerte idem Imper. *§. 2. Inſt. de Action. ſub fin.* Jam qui diſſentiunt, poſſeſſionem *longe diverſæ ab reli-*

* Jure noſtro interpoſita in cauſis poſſeſſorii ſummarii, etiam inhibitivi, Appellatio, quandoque & devolutivum & ſuſpenſivum habet effectum, neque enim, pendente appellatione, judex inferior ulterius in cauſa poteſt progredi, *conſ. Appell. Patent d. an. 1670.* §. Wollen. Solet tamen plerumque judex ſuperior eam, ut inadmiſſibilem, non communicatis adverſæ parti refutatoriis apoſtolis, rejicere; vid. *Mand. Dippold.* Joh. Georg III. *d. Ann. 1691. § 70. j* Svendend. *ad Fibig. p. 1232.* Berger. *in Elect. Proc. Poſſeſſ. th. 43. ſeq.* ubi negat, Leuterationi in poſſeſſorio ſummario, in Saxon. *a. d. Mand.* locum eſſe. Cæterum quoties inhibitio confirmata, caſſata, vel in vim ſimplicis citationis reſoluta eſt, appellatio locum habet, & dantur haud raro reverentiales, Menck. *ad Ord. Proc. Diſp. proœm. 1. th. 52.*

quis

Digitized by Google

quis eſſe natura, differunt ultro, *cum in detinendo id ſit fundatum, magisque fragile ſit quam reliqua jura in Re, ut actio inde contra tertium non competat.* Atqui hæc diverſitas, quæ in poſſeſſione conſpicitur, ab reliquis juribus in Re dictis, cum in ipſo diſtinctionis momento, quo juri ad Rem opponitur, conſiſtat, non poteſt non inferre, quod ſuperius a me ſcriptum eſt, nihil eſſe in poſſeſſione, quod juris in Re nomen tueri queat. Id hac inprimis gratia receptum eſt, ut principium adæquatum eſſet omnium in Rem actionum, nec alium habet uſum hæc appellatio; Proinde ubicunque eſt jus in Re, ibi neceſſario eſt actio in Rem. Igitur, ſi quis jus aliquod exiſtere dicat, unde non detur actio in Rem, is hoc ipſo clare docet, hoc cujusmodicunque ſit, non eſſe jus in Re; Conſequenter, qui naturam alicujus Juris, quod in Re velit appellari, in hoc ab reliquis ejusdem nominis juribus vult diſcrepare, quod actionem in Rem non producat, is hoc ipſum evidenter tollit, quod omnino jus in Re ſit, ſublato ſcilicet eo, per & propter quod illud eſſe debeat. Præterea jus in Re in hoc ab jure ad Rem diſtinguitur, quod quidem hoc ultimum adverſus certam detur perſonam, illud vero in rem dirigatur & rem afficiat, ubicunque res ſit, & actionem adverſus quemcunque rei poſſeſſorem porrigat. Proinde, qui jus aliquod eſſe tradit, quod rem non afficiat, ubicunque exiſtat, ſed quod pereat, quam primum res apud alium eſſe cœperit, hoc is ipſo tollit momentum oppoſitionis, quo jus in Re & jus ad rem a ſe invicem diſtinguuntur; ac ita negat manifeſto, hoc ſuum jus habere juris in Re naturam. Denique in eo ſubſiſtemus; Poſſeſſionem vocari *jus*, quatenus eſt facultas homini circa rem tributa, ut contra manus aliorum tutus ſit, nec ſitus, in quo res eſt, alia quam juris via mutetur. Proinde commodum & jus poſſeſſionis in eo conſiſtit, uti poſſeſſor rei inſiſtat, quamdiu alius non fecit liquidum, ſibi jus in ea Re vel ad eam eſſe comparatum, cujus vi poſſeſſio debeat mutari. Hoc jus in Re & ad Rem, judicia facit petitoria, quibus cum poſſeſſoria opponantur, palam eſt, jura quoque, unde ea judicia naſcuntur, eſſe diſtincta; Porro Jus in Re firmum atque perfectum, eſt plerumque etiam perpetuum; poſſeſſio jus momentarium eſt, fere ut uſusfructus *momentarius* dicitur in *l. ult. C. de bon. quæ lib.* Adeo & fur & prædo rem nobis eripientes, continuo nobis adimunt poſſeſſionem eamque in ſe transferunt, quod de jure in Re tam firmo atque perfecto, veluti hoc omnes deſcribunt, adſerere, ineptiſſimum & a ca civili ratione alieniſſimum eſt.

11. (f) Cæterum, non modo his interdictis experimur, ſi rebus ipſis corporaliter incumbamus, ſed & ſi per alios, veluti per colonos poſſideamus, item per procuratores, hoſpites, amicos, *l. 3. §. 12. l. 9. & ſeqq. & l. 30. §. 6. & ſeqq. de Acquir. poſſ.* denique per fructuarios, *l. 6. §. 2. de Precar. §. 5. h. t.* Nam hi, qui alieno nomine ſunt in poſſeſſione, non agunt ex interdictis, neque adeo poſſident, *l. 3. §. 3. Uti poſſidet.* excepto fructuario, qui propter jus, quod in Re habet, & quia omne rei emolumentum ad eum pertinet, in Interdictis uti poſſidetis, & unde vi, pro poſſeſſore habetur, *l. ult. Uti poſſid. l. 3. §. 13. & ſequ. de vi & vi arm.* Proinde ſciendum hoc loco, qua ratione poſſeſſio acquiratur, retineatur & amittatur. Nempe acquiritur animo ſolo, per eos, qui ſunt in poſſeſſione noſtro nomine; amittitur & animo ſolo, plerumque tamen animo ac corpore ſimul, *§. 5. h. l. 3. §. 1. & l. 8. D. de Acquirend. poſſeſſion.* juncta *l. 153. D. de Reg. Jur.* Sunt hæc ejusmodi, quæ pleniorem merentur explicationem; At eam rectius pandectis reſervabimus. Illud hic addendum, non eſſe omnino *τῶν ἀδυνάτων*, ut eadem res a duobus poſſideri queat, ſcil. ab uno jure & animo, ab altero corpore; ab uno civiliter, ab altero naturaliter. Proin, ſi te abſente alius fundum, quem poſſides, occupaverit, hic naturaliter, tu civiliter poſſides, *d. l. 6. §. 1. & l. 46. eod.* Quibus adverſari putant multi Paulum in *l. 3. §. 5. eod.* quod mihi non videtur, quoniam is perſpicue docet, poſſeſſionem, quæ *corpore* conſiſtit, ejusdem rei penes duos eſſe non poſſe, ne quidem juſte apud unum, apud alterum injuſte, quod veriſſimum eſt; nam quocunque jure teneantur res, hoc implicat, ut duo rem eandem in ſolidum corporaliter teneant; atque hoc Paulum velle, e textu clare liquet, ultimisque verbis; *non magis eadem poſſeſſio apud duos eſſe poteſt, quam ut tu ſtare videaris in eo loco, in quo ego ſto, vel in quo ego ſedeo, tu ſedere videaris.* Corporalis comparatio eſt, adeoque de concurſu duarum naturalium, non de civili poſſeſſione loquitur. Cæterum, ubi reſciviſti, alium, te invito, rem detinere, tunc animum contra agnitam rei veritatem inducere non potes, ſed civilem quoque poſſeſſionem, amittis *d. l. 6. & l. 46.* Indicat autem hæc obſervatio, non poſſe fieri, ut viri docti, contra quos modo de jure poſſeſſionis diſputavimus, volunt, in hac ſpecie exemplum actionis in Rem

juris-

(f) *Poſ. 24.*

Digitized by Google

juriſque in Re conſiſtere, quando ſcilicet unus animo jus poſſeſſionis habet, alius rem corpore detinet. Videlicet, quicunque meam rem, me abſente, occupavit, is Interdicto tenetur; atque ita hoc datur adverſus quemlibet poſſeſſorem. Sed ne longius huic quæſtio immoremur; etſi facile probatu eſſet, hoc non ſequi, licet maxime concederemus, interdictum Retinendæ tali caſu dari, brevior tamen via eſt; negare, quod is, qui reverſus cognovit, rem ſuam ab alio eſſe occupatam animo ſibi rem tenendi, jam retineat poſſeſſionem, ac Interdicto Retinendæ experiri poſſit, *l. 6. §. ult. de Acquir. poſſ. l. 1. §. 24. de vi & vi arm.* Contra detentori licet injuſto, datur interdictum Retinendæ, *l. 1. §. ult. Uti poſſid. l. 3. pr. eod. l. ult. de Acquir. poſſ.* Is vero, cui ſublata eſt facultas rem iterum corpore apprehendi, ab eo tempore poſſidere deſiiſſe, id, inquam, intelligitur ex *l. 3. §. 13. de Acquir. poſſ.*

12. (g) Sequi debent Interdicta Recuperandæ poſſeſſionis, cujuſmodi hic unum ſolummodo & præcipuum memoratur, Unde vi; quod datur ei, qui de poſſeſſione fundi vel ædium dejectus eſt, ad hoc, ut recuperet poſſeſſionem cum fructibus, & eo quod intereſt, *§. 6. h. tit.* rebusque mobilibus, quas dejectus in loco, unde dejectus eſt, habuit, *l. 1. pr. §. 23. & ſeqq. l. pen. eod.* Datur & ei, qui alterum prius vi dejecerat, ut hic textus ait, ſcilicet, ſi noviſſima dejectio facta ſit ex intervallo poſt alteram; nam ſi quis ab alio dejectus eundem in continenti rurſus dejecerit, tum ultimo dejectus non habet interdictum, *l. 17. D. unde vi.* Quia quod ſtatim fit, habet ſpeciem defenſionis, quod autem ex intervallo, tumultus & vindicta videtur. Competit adverſus eum, qui vi dejecit vel dejici curavit, etiamſi dominus rei ſit, & qui dejectus eſt, ab eo vitioſe poſſederit, *d. §. 6. h.* Competit etiam heredi, *l. 1. §. 44.* nam etſi poſſeſſio ad heredem non tranſeat, jus tamen recuperandi poſſeſſionem quo minus tranſeat, nihil obſtat, quod tenendum ad ea, quæ D. Wiſſenb. *ad h. t. ff. th. 27.* profert. Datur etiam fructuario, *l. 3. §. pen.* non colono *l. 1. §. 22. ibid.* adverſus eum, qui dejecit, etſi non poſſideat, *l. §. 41.* ut, ſi poſſeſſionem non reſtituat, id quod intereſt ſolvat, *l. 15. eod.* etiam in eum, qui juſſit, *l. 1. §. 12.* & in heredes, quatenus perveniſ, *l. 1. §. ſ.* Adverſus tertium poſſeſſorem, qui vim non fecit, non datur, *l. 7. d. t. De vi.* tantum abeſt, ut hæc actio in rem ſit. Sed Pontifices ſuum interdictum, unde vi, *ex cap. ſæpe. X. de Reſtit. ſpol.* adverſus tertium quoque poſſeſſorem dederunt. Competit & contra eum, qui vacantem poſſeſſionem, non tamen a Domino deſertam, abſque vi, ſed & abſque judicis auctoritate occupavit, *l. fin. C. Unde vi.* ut tamen juſtam excuſationem ei tribuat error non improbabilis, *l. 5. C. Unde vi. l. 3. & 6. de jur. & fact. ignor.* Cæterum, fructus in hoc Interdicto præſtantur a tempore dejectionis, *l. 1. §. 40. de vi & vi arm.* cum cæteris Interdictis ratio fructuum, ex quo edita fuerunt, habeatur, *l. 3. de Interdict.* Schneidew. *ad h. §. 6.* Diſtinctio in vim publicam & privatam, quæ *d. §. 6.* habetur, pertinet ad *tit. ultim.* ibique tractabitur.

13. Tertia & ultima diviſio Interdictorum eſt, in ſimplicia & duplicia. Simplicia, in quibus facile diſcerni poteſt, uter Actor, & uter ſit reus, Duplicia, in quibus uterque Actoris & Rei vices gerit: qualia ſunt Uti poſſidetis, & Utrubi, ut ſupra dictum: reliqua ſunt ſimplicia. Pari modo ſunt etiam petitoria quædam judicia duplicia, ut familiæ erciſc. communi dividundo, & finium regundorum, quia in illis utriusque partis eadem eſt intentio, ſc. ut diviſio & declaratio partium fiat. Quia tamen omnino neceſſum eſt, alterum tenere locum actoris, alterum vice rei fungi, hinc ita comparatur, ut loco actoris in judiciis duplicibus habeatur is, qui primus ad judicem provocat, alioqui ſors actorem decernat, *l. 13. & 14. de Judiciis.* * Alibi hæc Judicia duplicia, pari ſenſu, mixta vocantur, *l. 37. §. 1. de Obligat.* Moribus hodiernis interdictorum vice funguntur Mandata vel Mandamenta Curiarum ſupremarum, ** *Lypæ. notit. jur. Belg. lib. 2. tit. de cauſ. poſſeſſ. & propriet.* & quanquam

* Secuſi Jure noſtro obtinet, ubi quities in duplici judicio uterque ſimul ad judicem provocat, ipſius arbitrio, citra ſortem, determinatur, quis pro actore, quis pro reo ſit habendus, *LR. l. 1. art. 61.* Carpzov, *Proc t. 4. art. 1. n. 47. ſeqq.* Declaratus autem hoc modo actor, adverſarii turbationem & ſuam poſſeſſionem probare tenetur, *§. 4. I. h. t.*

** Et jam in Curiis Provincialibus Saxoniæ, interdictorum vice fuguntur inhibitiones, quæ ſunt Mandata pœnalia, quibus Magiſtratus imploratus poſſeſſionis momentaneæ turcatorem ſub pœna 50. aureorum Rhen a turbatione jubet deſiſtere, addita tamen clauſula juſtificatoria. vid. *Ref. Grav. d. ann. 1669. gr. 9.* conf. Curpz, *Diſſ. de Inhibitionib.* Berger. *Elect. Proc. Poſſeſſor. th. 6. p. 78. ſeq.* Inhibitionis neceſſaria requiſita ſunt, judex immediate competens; monitorium, & interdum ex citatorium præcedens;

(g) *Poſ. 25. & ſeqq.*

omne

omne judicium poſſeſſorium hodieque momentaneum habetur, quoad ordinem tamen procedendi, vel ſummarium dicitur, vel ordinarium. Illud appellant, in quo non ſervato juris ordine, abſque judicii ſtrepitu proceditur, per modum, ut vulgo loquuntur, proviſionis. Ordinarium, in quo ſolenni ſolitoque modo, adhibita plena cauſæ cognitione, proceditur, Gail. 1. *obſerv. 7. n. 5.* Voet. *ad h. tit. in fin.* Si concurrant petitorium & poſſeſſorium, hoc prius terminandum eſt, adeo ut petitorio quoque inchoato, regredi liceat ad poſſeſſorium, tam jure civili, *l. 18. §. 1. de vi.* quam canonico, *d. cap. ſignificaverunt. 36.* Unde manifeſtum, qui conventus eſt poſſeſſorio, eum reconventionem de proprietate nullo modo inſtituere poſſe; nec aliter uſus fert.

SCHOLIUM.

Hoc unde *non intelligo. Et moribus noſtris ſane conventus in poſſeſſorio, alterum de proprietate reconvenire poteſt, quinimo nec ſeparari quidem a volentibus poteſt cauſa poſſeſſorii & petitorii, ſed coram quo Judice illud ventilatum, coram eodem & hoc intentari debet, quod & Juri Civili & Canonico eſt conſentaneum, per ea, quæ habet* Carpzov. lib. 1. reſp. 74.

RESPONSIO.

Illud unde *habet hunc nexum, Poſſeſſorium prius terminandum petitorio. Conventio & Reconventio pari paſſu finiri debent. Ergo poſſeſſorium & petitorium non poſſunt Conventione & Reconventione cumulari. Nec aliud in foro noſtro ſervatur. Videbimus* ad tit. ff. Ex quib. cauſ. ap. eund. jud.

N. ADDIT.

Hæc jam bene ſe habent. Cum enim iſtud Scholium ſcriberem, cogitabam de reconventione Saxonica, cujus a civili, de qua Autor loquitur, plane diverſa eſt ratio. Conſ. Scholium ad tit. ff. quib. ex cauſ. ad eund. jud. eatur. n. 5.

Tit. XVI.

De Pœna temere litigantium.

Continuatio, & quid temerarii Litigatores. De jurejurando calumniæ. De pœna pecuniaria temere litigantium. De Infamia. Quid in jus vocatio, & quomodo olim facta. Qui in jus vocari non poſſunt.

(a) NE quis putet e relatione tot actionum, rixoſam eſſe juris prudentiam, quod ab imperitis aut a malevolis illi objicitur, monet Imperator, magnam curam egiſſe eos, qui jura ſuſtinebant, ne facile homines ad litigandum procederent. Non improbat Prætor ejus factum, licet aliquando παραδοξότερον, qui tanti habuit re carere, ne propter eam ſæpius litigaret: hæc enim verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur, non eſt vituperanda, eſt ἐπίκρισις Ulpiani in *l. 4. §. 1. de Alienat. jud. mut. c.* Porro, ne quis hanc adſeverationem rei ipſi adverſam calumnietur, in hoc caput congeſſit Imperator modos mediaque coercendi litigantium temeritatem. Sunt autem Temerarii litigatores, qui ſine probabili cauſa litigant, quod fieri poteſt ut uterque faciat, ſi quæſtio ſit anceps, vel obſcura; ſed ut juſtam uterque cauſam, vere & in puncto, ut ita loquar, habeat, hoc fieri non poteſt, uti mox.

2. (b) Pœnæ temere litigantium, ſive potius modi illos coercendi, ſunt tres. Jusjurandum, pœna pecuniaria, & Infamia. Jusjurandum huc pertinens vocatur CALUMNIÆ, quod præſtat Reus, Actor & Advocatus. *Actor jurat*, ſe ad litigandum procedere, quod putet, ſe juſtam habere cauſam, non cum animo vexandi, nec quicquam hoc animo eſſe facturum. Reús jurat, ſe ad contradicendum accedere, non animo tergiverſandi, ſed quod putet, ſe juſta uſurum inſtantia, *δικαίαν ἀντίρρησιν εἶναι, juſtam eſſe contradictionem ſuam*; addit uterque, ſe nihil corrumpendi cauſa dediſſe, vel daturos; denique jurat advocatus, ſe quoque putare, cauſam ſui clientis eſſe bonam, ſin aliter deprehendat, eam ſe deſerturum, *§. 1. h. l. 2. & authent. ſubject. C.*

cauſa inhibitiva, v. *Reſ. gr. d. l.* clauſula juſtificatoria; & inſinuatio per nuncium juratum facta. Effectus illius inhibito vel paritionem, vel juſtificationem injungit. Paritio plenaria, legitime & in continenti probata, anſam dat ceſſationi inhibitionis. Juſtificatione ſuſcepta, & poſſeſſione inhibiti certa deprehenſa, caſſatur inhibitio; ſi illa dubia ſit, hæc in vim ſimplicis citationis reſolvitur. Cum vero impetrantis poſſesſio certa ſit, inhibitio confirmatur, bleibet die ausgebrachte Inhibition bey Kräften. Menck *d. l. th. 43. ſeq.*

(a) *Pc. 1.* (b) *Pc. 3. & ſeqq.*

Digitized by Google

de Jurejur. propſ. cal. Hoc jusjurandum comitabatur litis conteſtationem, *d. l. 2. Nov. 49. c. 3.* cumque ſimpliciter ad judicium illa requiratur, dicendum eſt, ejus omisſione proceſſum vitiari, per *d. l. 2. in pr. & §. ſed quia veremur.* adſtipulante Donello 24. *comm. 3.* & Gudelino *de jure noviſſ. c. 8. in fin.* licet aliter fere pragmatici diſſentiant, ex ſententia juris Canonici, *capite 1. de juram. cal. in 6.* Sunt etiam, quibus plane diſplicet; denique ubi in deſvetudinem abiit: * adverſus quos diſputat Sandius noſter in *lib. 1. deciſ. tit. 9. defin. 1:* Hoc ſane utilisſime receptum aut recipiendum eſt, ut, qui temere eo ſint uſi, pro modo exempli mulctentur aut puniantur, ut idem Sandius tradit *eod. tit. defin. 2.* quanquam alioqui verum eſt, hoc genus jurandi magis eſſe opinionis, quam aſſertionis; ut ex formula modo relata apparet, nec perjurium dici poſſe continuo, ac aliquis non obtinuerit; nec quidem id eſſe verum, quod vulgus putat, alterutrum neceſſario eſſe perjurum, quando factis diſcrepantibus colliduntur. In foro noſtro, non initio litis præſtatur hoc juramentum, ut jure civili cautum, ſed poſt litem conteſtatam, quando partes ab probandum admiſſæ, ſibi invicem interrogationes proponunt, ad quas mutuo reſpondere debent: quæ interrogationes cum alibi, nominatim in Hollandia, ceſſent, ** conſentaneum eſt, ibi quoque jusjurandum hoc non habere locum, ut teſtis etiam eſt D. Voetius ad *hunc §. 1. n. 3.* Advocati apud nos & in plerisque foris jurant, *** quando nomina eorum matriculis curiarum inſeruntur, ſemel, nec alias unquam, etſi in aliquibus foris Sacramenta quotannis renoventur, in nonnullis etiamnum pro ſingulis cauſis, teſte eodem, *n. 5.* Cæterum, eſt aliud jurandi genus, quod & litigantes & Advocati ſæpe, prout quæque res incidit, in omni

* Ita apud nos Juramentum calumniæ generale dudum in uſu eſſe deſiit, ‡ vid. *O. P. S. T. 33. verb.* Obwohl das Juramentum calumniæ generale in unſern Landen nicht bräuchlichen. Conf Carpzov. *P. 1. C. 12. d. 21.* Nicol. *Proc. P. 1. c. 39. n. 5.* Philipp. *Conſid. 1. ad d. Tit.* Bachov. *ad Treutl. Vol. 1. diſp. 21. th. tit. c.* Advocati tamen in judicio Mercatorio Lipſienſ. ſecundum *Ord. Jud. Merc. Lipſ. tit. 4.* juramento obſtringuntur, quod juramentum calumniæ fere continet; nec multum ab hoc recedit juramentum malitiæ ſpeciale, quoties ab initio litis injungitur, vid. *Deciſ. El. 70.* §. befehlen. cujus exemplum habet Rivin. *ſpec. Except. Dilat. c. 33. pag. 194.*

‡ Sed revocatum eſt in uſum quoad actores pauperes, qui, poſtquam Judici de probabili litigandi cauſa fidem fecerunt, præter juramentum paupertatis, jurant, ſe certo certius credere, juſtam ſibi eſſe litigandi cauſam, neque ſe ejus litis nomine quicquam dolo malo feciſſe, neque durante lite quicquam tale facturos eſſe; *O. P. S. E. I. & E. Tit. 1. §. 10.* Hæc Juramenta & paupertatis & malitiæ, præſtant Minores ipſi, ſi decimum octavum ætatis ſuæ annum impleverint, reliquorum minorum, ut & furioſorum menteque captorum & ſimilium Tutores & Curatores, ſed hi paupertatis juramentum eatenus, curandorum ſuorum bona ad ſolvenda ea, quæ & Judicio & Advocato debebuntur, haud ſufficere. Tutores & Curatores cauſas ſuorum negligentes, ut ab horum juramentorum præſtatione maneant immunes, Tutelæ & Curatelæ judicio tenebuntur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. I. §. 11.*

** Ceſſant etiam in Saxonia interrogationes & reſponſiones mutuæ, adeoque & juramentum dandorum & reſpondendorum, Schilt. *ad Inſt. tit. de Offic. Judicis, n. 37.* Richter. *P. 1. dec. 119. n. 5.* Carpzov. *Proc. tit. 10. art. 3. n. 1.* Stryck. *Uſ. Mod. ff. Lib. 11. tit. 1. §. 40.* ubi *§. 42.* oſtendit, extra Saxoniam in Marchia, Würtembergico, Tribunali Wismarienſi, aliisque Germaniæ judiciis, interrogationes ac poſitiones hujusmodi adhuc eſſe uſitatas, conf. Koch. *Prax. for. Germ. p. 4. c. 16. §. 2.* Menck. *ad O. P. S. tit. 21. th. 17. ſeq.*

*** Idem apud nos obtinet, ubi, qui ad Praxin accedere cupiunt, impetrato a Facultate Juridica Lipſienſi, aut Vitembergenſi, teſtimonio, juramentum juſtitiæ præſtant, vid. *Mand.* Joh. Georg. III. *Dippoldisw. de an. 1691.* §. Ob auch wohl zum achten. verb. zur Juſtiz nach einer gewiſſen zu ſolchem Ende verfertigten Notul vereyden laſſen. Non tamen hoc juramentum ab iis exigebatur, qui Licentiæ aut Doctoralem Gradum Juris ſunt adepti, *d. §. verb.* auſſer denen graduirten Perſonen. cum ii plerumque jam juſtitiæ juramentum præſtitiſſent. Adde Leipz. Handels. Ger. Ordn. *n. 4. p. 32.* Item, Leipziger-Ober-Hof-Ger. Ordn. rubr. Eyd der *Advoc.* Wittenb. Hof-Ger. Ordn. *rubr.* Eyd der *Advoc.* Novam jurisjurandi Advocatorum formulam, quam quæ in ordinatione proceſſus continebatur, præſcripſit *noviſſimum* Reg. noſtri por. *mandatum* wegen der *Advocaten* im Lande *An. 1723. d. 12. Apr.* ab omnibus, qui patrocinium clientum forenſe ſuſcipere cupiunt, recitandam. Nec a neceſſitate hoc ſacramentum præſtandi, amplius eximuntur Doctores ac Licentiati, *d. Mandat. §. 4.*

parte

parte judicii præſtant; MALITIÆ * a Pragmaticis dictum; quod ſine dubio a jurejurando Calumniæ, quemadmodum id a Juſtiniano præſcribitur, diſcrepat; diſſentiente D. Wiſſenbach. *ad h. tit. 2.* tametſi nihil vetat, hoc etiam calumniæ appellari, ut in ſpecie ſimili factum videmus ex *l. 8. §. 5. Qui ſatisd. cog.* nec aliud eſſe poteſt juramentum calumniæ, quod ſecundum Jus Canonicum in quavis parte judicii deferri poteſt, *cap. 2. de jurejur. cal. in 6.* Imo noſtra, quæ ad poſitiones factorum inter litigantes celebrantur, revera nihil ſunt aliud, quam malitiæ juramenta. Proinde juramentum malitiæ ſolide quidem differt a jurejurando calumniæ, quod Juſtinianus introduxit, non differt usquequaque a juramento calumniæ, quod & olim in uſu fuit, *d. l. 8. §. 5.* & quod hodie omni die ſervatur, niſi quod ita Pragmaticos loqui videmus, ut juramenta, quæ probationes factorum totius cauſæ comitantur, appellent calumniæ; reliqua de incidentibus negotiis, malitiæ.

3. (c) Alter modus coercendi temere litigantes eſt, pœna pecuniaria, quæ primo uſum habet in omnibus Judiciis pœnalibus. Dein ſpecialiter in his, ubi lis inficiando creſcit in duplum, de quibus in *§. ult. ſupra de quaſi-contractibus.* Tertio in eo, quod victi damnantur in impenſas, ‡‡‡‡‡ etſi non fuerint petitæ, † modo non adfuerit probabilis cauſa litigandi; quæ pœna ſucceſſit in locum decimæ litis, quæ olim temerariis litigatoribus infligebatur, *§. 1. in fine, & l. 13. §. 6. C. de Judiciis.* Tamen Juſtinianus de-

* Hujus in Saxonia quotidianum fere uſum eſſe, ſatis apparet ex *Ord. Pr. Sax. Tit. 18. §.* Nachdem. *Tit. 33. Dec. El. 70.* atque hoc a Judice implorato, aut etiam ex officio, juſtis ex cauſis, modo parti, modo advocato, interdum etiam utrique, imponitur, *Ref. Grav. d. An. 1653. 1657. gr. 24.* in primis, quando teſtes peregrini litis protrahendæ cauſa ‡ produci videntur; *O. P. S. t. 23.* verb. ehe und zuvor ihm die Compaſs-Briefe ertheilet, daß *Juramentum Malitiæ*, &c. aut leuteratio frivole interpoſita creditur, *O. P. S. t. 35. §. 4.* aut quoties tertia, vel quarta dilatio probatoria petitur; ‡‡ *O. P. S. t. 20. §.* Wir laſſen. aut cum quis protelandi animo interveniſſe creditur; *O. P. S. t. 15. §. an.* aut cum pauperes litigant, ‡‡‡ quibus non raro exigitur. Et in genere ‡‡‡‡ imponendum eſt, quando litem protrahendi animo pars aliquid petit, *O. P. S. t. 33.* verb. Wenn und ſo oft ſie vermercken, daß etwas von einem oder andern Part, zu vorſetzlichem Verzug der Sachen, vorgebracht oder vorgenommen wird.

‡ Hoc caſu per noviſſimum Jus non pars modo, ſed advocatus quoque, pro re nata, juramento malitiæ obſtringendus eſt. Detrectantis juramentum pœna, partis equidem eſt mulcta intra decem & viginti uncialium ſummam conſiſtens, advocati autem ſuſpenſio a praxi trimeſtris. Tale juramentum etiam exigere licet ab iis, qui non peregrinos, ſed plures tamen in diverſis noſtrarum regionum locis commorantes, ſuper uno articulo aut circumſtantia produxere. *O. P. S. E. I. & E. t. 23. §. 1.*

‡‡ Noviſſimo Jure, quotiens altera, aut a minore aliisve, qui Reſtitutionis in integrum beneficio gaudent, ſi tertia dilatio petatur. *O. P. S. E. I. & E. t. 20. §. 3. & 4.*

‡‡‡ Quid circa hos acturos noviter conſtitutum, ſupra monuimus ad not. * p. 458.

‡‡‡‡ Adde ſpeciem, ſi in petitione editionis documentorum ab adverſa parte vel tertio faciendæ, doli quid ineſſe ſuſpicatur judex; quo caſu, vel partem, vel patronum cauſæ hoc jurejurando obſtringere poteſt. *O. P. S. E. I. & E. tit. 26. §. 1.* Confer. *Tit. 33. §. 1. & 2.* ubi leuterationes contra delatum malitiæ juramentum plane improbantur; ſi appellatum fuerit, judex a quo rem ex officio ad judicem ad quem deferet; ſumtus feret appellans, & pœnam, ſi gravamina fuerint nullius ponderis æſtimata, V, X. aut amplius, talerorum. Super appellatione Judici inferiori juramentum malitiæ deferre non licet, quod in Judicis ſuperioris pro re nata eſt poteſtate.

‡‡‡‡‡ De quarum cum judicialium tum extrajudicialium immodica quantitate, cum homines ubique fere ſint conqueſti, per publicam Legem, durch die beſondere Tax-Ordnung modus iisdem eſt impoſitus, omnibus ſimul ſtatutis, pactis conventis, & conſvetudinibus contrariis penitus abrogatis, *O. P. S. E. I. & E. Tit. 36. §. 1.*

† Jure Saxonico Electorali, temere litigantes, quidem ex officio, etiam in expenſas condemnari poſſunt, *O. P. S. t. 36. §.* So wollen wir verb. Da es auch gleich nicht gebeten würde, doch zu des Richters Ermäßigung, rc. Carpzov. *P. 1. C. 31. d. 20.* tutius tamen eſt, partem expreſſe petere, ut adverſarius in expenſas condemnetur, *ob d. §. verb.* auf Gegenparts Bitt und Begehren. cum, prævia hac petitione, judex expenſas non facile compenſare poſſit, ſed victum ad earum reſtitutionem adigere teneatur, Carpzov. *Proc. t. 24. art. 1. n. 32.* Zigler. *ad d. t. verb.* auf des Gegenparts Bitt und Begehren.

(c) *Poſ. 7. & ſeqq.*

cimam litis deinde in uſum revocavit, *N. 112. c. 2. in pr.* non abolito interim jurejurando calumniæ; ſed hoc addito, ut decimæ cautio fiat ſatisdato vel jurato, Cujac. *expoſ. d. N. & N. 69.* Sed hodierna praxi hæc decima litis eſt ſepulta, Zypæ. *notit. jur. Belg. tit. de juram. cal.* * Diximus in impenſas condemnari victum, etſi non fuerint petitæ, idque ex *d. l. 13.* ſatis probari videtur, adſtipulante D. A. Matthæo *Diſp. 6. de judic. th. 17.* At doctores vulgo aliter ſentiunt, eodem teſte, aliterque in foro ſervatur, teſte Gail. 1. *obſervat. 51. n. 21.* unde recepta libelli clauſula, *cum expenſis;* qua omiſſa, noſtræ quoque Curiæ Δικαστόλης nihil de expenſis adjudicare, mihi compertum eſt. ** Cæterum nemo condemnatur in expenſas, niſi qui temere litigaverit, *l. 79. de Jud.* quod, ut initio diximus, utrimque abeſſe poteſt; facile enim fit, ut homines & in jure & in facto aliquid fugiat, l. 2. *& l. 9. de jur. & f. ignor.* alioqui, Juſtitia poſitive *καὶ ὡς ἐν ἀτόμῳ* accepta, non poſſe cauſam utrimque eſſe bonam, res loquitur, Grot. *2. de J. B. & P. c. 23. n. 13.* Quis ſit, aut quis non ſit temerarius litigator, in univerſum finiri non poteſt, ideoque judicis arbitrio id reliquendum eſt, *l. 1. §. ult. de jure delib.* Sane quod Alciatus ſcripſit ad *L. 1. de Reb. cred.* eum, qui celebris alicujus JCti judicio ſublevatus fuerit, non eſſe temerarium litigatorem, id ex iis eſt, quæ plerumque ſane ita ſeſe habent, per ſe tamen neceſſitatem Juris judici non præſcribunt; utique locum non habet, ubi quis ad impenſas & id quod intereſt ſe obligavit; proinde nec id ita ſimpliciter in foro ſervatur; Zypæ. *notit. jur. Belg. tit. de Legib.* Abſolvunt a temeritate, non tantum obſcuritas facti, ſed etiam juris ambigua interpretatio, ut in utraque tamen reo facilius quam actori ignoſcamus, *l. 125. de R. J.* Quod ſi pro parte juſta fuerit cauſa, pro parte injuſta, vel prorſus non, vel ſaltem non in omnes, damnandum eſſe victorem, ratio docet. Et jurejurando adverſarii condemnatum, ſemper in impenſas damnendum, vulgo quidem placuit, at recte diſplicuit ** D. A. Matthæo, *Diſp. de Judiciis XI. n. 40.* utique non indiſtincte, & D. Voetio ad *h. t. & §. n. 11.* Ceſſat etiam condemnatio in expenſas, cum ex conſenſu utriusque litigatoris cauſa judicio diſceptatur, *arg. Nov. 112. c. 2.* cum fiſcus ſuccubuit, Cujac. *in par. C. de ſportul.* cum epiſcopus, *Nov. 123. cap. 21.* tenuiores, *** *Nov. 17. cap. 3.* nec non illi, qui cum his litigant, *l. ult. D. de fruct. & lit. expenſ.* ubi Giph. *in comment.*

* Etiam in Saxonia, ubi expenſæ decimam litis ſæpiſſime excedunt. Solet autem apud nos, quoties pars victa in expenſas totius Proceſſus condemnatur, terminus præfigi ‡ ad procedendum ſuper liquidatione, quæ, una cum citatione, ei transmittenda eſt, Svendendörfer. *ad Fibig. Proc. p. 925.* quo facto liquidationem ſequitur Judicis moderatio, *Id. l. c. p. 927.* Unius autem vel alterius termini expenſas judex moderatur, licet pars ad earum liquidationem non reſponderit, Carpzov. *P. 1. C. 31. def. 5.*

‡ Quod & noviſſimo Jure licet; addenda tamen citationi comminatio, citato non comparente, aut non reſpondente, ex officio decretum iri, quo in caſu, neque ſumtus in leuterationem, aut appellationem poſt ſententiam definitivam facti, niſi in ſententiis ſuper illis latis leuterans, aut provocans, in expenſas retardati proceſſus ſimul ſit condemnatus, neque ii, quos ille, cui ſunt inſtituendi, ſua mora aut contumacia, ut fierent, effecit, ſunt computandi. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 36. §. 4.*

** Imo ſicuti, quoties utraque pars probabilem litigandi cauſam habuit, expenſæ plerumque compenſantur, ‡‡ *a. d. Tit. 36. O. P. S.* ita, inprimis quoties condemnatio ex juramento Actoris ſuppletorio ſecuta eſt, expenſæ ei non facile apud nos adjudicabuntur, Carpzov. *P. 1. C. 31. def. 26. ſeq.* Sed nec Actor, tanquam temerarius litigator eas refundere jubetur, licet reus, præſtito jurejurando, ſuper cauſa principali delato, ab actione abſolvatur, ſiquidem Actor, præſtito calumniæ juramento, temeritatis ſuſpicionem a ſe quodammodo removit, Carpz. *P. 1. def. 46.*

‡‡ Parcius tamen impenſæ noviſſimo jure ſunt compenſandæ: nec ex ea unice ratione, quod inter propinqua cognatione conjunctos, inter Dominum juriſdictionis & eidem ſubjectos, inter Parochum & Parochianos lis ſit diſceptata. Compenſandæ omnino ſunt ob Juramentum judiciale delatum & præſtitum, item præſtito Suppletorio aut Purgatorio: ita tamen, ſi jusjurandum ipſam Cauſam aut præcipuam Exceptionem concernat. Si ſuper uno alterove puncto aut articulo juratum, ſi juramentum delatum nec præſtitum, aut relatum & a deferente prævio Malitiæ juramento præſtitum, in refundendas impenſas pronunciandum eſt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 36. §. 5.*

*** Apud nos paupertas ab expenſis non liberat, ſed pauper, qui frivole litigavit, ſi expenſas præſtare nequeat, carcere coercetur, Svendend. *ad Fibig. p. 79.*

Item

Item, qui cognatione aut adfinitate victori ſunt juncti, *per l. pen. de jur. dot. l. 22. de Re Jud.* Denique unus in Jure caſus datur, ἐκ παραδόξου, quo victor ipſe victo in impenſas damnatur, ſi abſens ex contumacia cauſam obtinuerit, *d. l. 13. §. 2. verſic. ſin autem C. de Judic.* *

4. (d) Sequitur tertius contra temerarium litigatorem modus, INFAMIA, quæ definitur, læſio exiſtimationis, per quam quis honeſtorum virorum numero ob vitæ turpitudinem eximitur, *l. 8. C. Ex quib. cauſ. irrog. infam. l. 2. C. de dignitat.* Ab hac ignominiam ita diſtinguunt, quod omnis infamia ſit quidem ignominia, non contra omnis ignominia, infamia, D. Wiſſenb. *ad tit. D. de his, qui not. infam. th. 1.* Atqui paſſim pro infamia poni ignominiam, cernas in *l. 2. d. tit. &c.* Imo in *l. 20. eod.* læſio pudoris opponitur ignominiæ, adeoque ignominiam pro ipſa juris infamia neceſſe eſt illic ſumi. Vulgo duplex ſtatuitur Infamia, Juris, & Facti; quarum illa vi legis, altera ex opinione gravium & prudentium virorum proficiſcatur. Hæc quidem non eſt uſus in Jure nullius, ut apparet ex *l. 2. de obſeq. præſt. l. 27. C. de Inoff. teſtam. l. 20. 21. & l. 22. de his, qui not. infam. l. 13. l. 17. & l. 19. C. eod.* ſed de priori hic tantum agitur. Quæ vel immediate ex lege, vel ſententia interveniente, vel denique pacto oritur; quæ tria genera recenſentur in *l. 1. D. de his, qui infam. not.* & explicantur a Donello 18. *comm. c. 6. & ſeqq.* Exempla, quæ hic in *§. 2.* habentur, furti, rapinæ, injuriarum, de dolo, pertinent ad tertium genus; qui enim damnati vel pacti ſunt ex his cauſis, fiunt infames, idque ideo, quod pacti pro confeſſis habentur. Atqui in *l. 7. §. 14. D. de Pactis.* de furto paciſci lex permittit, eſt ſcriptum; ſed reſponde ex *l. 6. §. 3. D. de his, qui infam. not.* paciſci licet precibus ſine pretio, ſed qui pecuniam dat, ille demum fit infamis. Adde, etiam ante litem conteſtatam; nam poſt litem conteſtatam prohibet SCtum Turpillianum; ſc. ſi criminaliter agatur, *l. ult. de Prævar. l. 1. de bon. cor. qui ant. ſent.* Præterea in *§. 2. h. t.* ſunt quatuor contractuum actiones, Tutelæ, Mandati, pro Socio, Depoſiti: in quibus contractibus propter exuberantem bonam fidem, qui de dolo damnautur, fiunt infames, ſi proprio nomine directisque actionibus ſint damnati, *§. 2. h. & d. l. 1. de his, qui infam.* Vetus hæc fuit Romanorum diſciplina, ut hæc judicia famoſa haberentur; teſte Cicerone *pro Cecin. in narrat. Qui per tutelam*, inquit, *aut ſocietatem, aut rem mandatam, aut fiduciæ*, hoc eſt depoſiti, *rationem fraudavit, &c. eſt turpe judicium.* Ratio, quod in his contractibus fidei maximum vertitur officium, cujus non ſervatæ conſpicua turpitudo eſt; Sed tria requiſita, quæ concurrere debent, ac modo ſunt obiter collocata, preſſius inculcanda videntur. Primo requiritur, ut de dolo Reus ſit condemnatus & de perfidia, *l. 6. §. ult. de his, qui infam. not. §. 6. Inſt. de ſuſp. Tut.* niſi quod lata culpa pro dolo habeatur, ita ut diſputavimus ad *d. §. 6.* Et de hac lata negligentia velim intellectum Ciceronem in *orat. pro Roſc. Etiam negligentia*, inquit, *in crimen mandati, judiciique infamiam revocatur, &c.* Neque turbant ejusdem verba in *ead. Orat.* paulo ante, ubi, *In minimis rebus*, ait, *qui mandatum neglexerit, turpiſſimo judicio condemnari neceſſum eſt.* Intellige negligentiam latam ſine diſcrimine, res parvæ ſint, an magnæ. Alterum eſt requiſitum, ut Reus proprio nomine ſit condemnatus, *l. 1. & l. 4. §. ult. d. t. de his, qui infam.* quæ eſt addita conditio, ne procuratores, adverſus quos ſententia fertur, ut & tutores atque curatores, infamiæ notam incurrant, *l. 6. §. 2. eod. tit.* Cujus quidem inſtituti ratio non eſt obſcura; ſed non æque expeditum, quare dominus litis hoc caſu non fiat infamis, & cur ille dando procuratorem juſtiſſimam infamiæ notam evitet, ut eum facere, ex *dd. ll.* & ex *l. 2. de obſeq. parent. & patron.* cognoſcitur. Eadem *l. 2.* ſuggerit reſponſionem, quando monet, dominum, licet aliter fieri non potuerit, quam ut verbis Edicti non notaretur, opinione tamen hominum & quidem gravium virorum, adeoque re ipſa, non effugere ignominiam. Denique directis actionibus oportet eſſe condemnatos, qui fiant infames, non contrariis, & ratio in *d. l. 6. §. ult.* redditur, quod in contrariis actionibus non

* Merito hunc caſum *l. 13. §. 2. C. de judic.* inter paradoxa Juris refert Dn. Autor, ac vix eſt, ut in Saxon. hujus legis, hac ex parte, uſus obtineat, cum haud facile poſſit contingere, ut pars contumax victoriam nanciſcatur, ob pœnas contumaciæ *O. P. S. t. X.* definitas. Imo, licet pro Leuterato aut Appellato non comparente, judex, qui appellantis aut Leuterantis gravamina videt eſſe inania, ſententiam ferat, ipſum tamen, ob abſentiam, in expenſas non poterit condemnare. *a. d. T. X. ſ.*

(d) *Poſ. 11.*

non agitur de perfidia, ſed tantum de calculo reſtituendisque impenſis. Hactenus de contractibus famoſarum condemnationum.

DE ANTIQVO MORE VOCANDI IN JUS.

5. (e) In *§. ult.* Res fugitiva, ut more Cujacii loquamur, id eſt ad Rubricam non pertinens, tractatur, ſcil. de principio Judicii, quod eſt In jus vocatio; ſumitur enim Judicium late, vel ſtricte. *Late* capit initium ab in jus vocatione, & deſinit in executione. Stricte incipit a litis conteſtatione, & deſinit cum ſententia, quæ eſt ultima judicis de lite pronunciatio, continens vel abſolutionem Rei, vel condemnationem certam Actoris aut Rei, *l. 1. de re jud.* (hoc obiter; nam alibi locus erit de his rebus ex profeſſo agendi.) In jus vocare, de quo hic agitur, eſt vocare adverſarium ad eum, qui jurisdictioni præeſt juris experiundi gratia, *l. 1. D. de in jus vocando.* Olim fiebat arbitrio & petitione privati cujusque actoris, qui adverſarium ſuum paſſim obvium in jus vocare, & invitum rapere poterat obtorto collo, niſi ſatisdaret, quod certo tempore ſe judicio ſtiturus eſſet, ut latius *ad Pandect. tit. In Jus vocati ut eant, aut ſatis vel cautum dent.* Hoc operæ pretium eſt inquirere, ſitne verum, quod diximus, olim apud Romanos in jus vocationem fuiſſe factam a quolibet actore privato, cum vi etiam coactiva, ſi vocatus ſequi nollet. Magni enim nominis auctores diſſentiunt; Robert. *3. ſent. 1.* Donell. *ad l. 22. de Reb. cred. n. 3.* & σφόδρα Bachov. *ad §. 12. I. de Action.* habentque præjudicium grave contra vulgus ſententiæ; ſcilicet gravitatem ſapientiamque Romanorum, a qua tumultuarius ille in jus vocandi modus nimium abhorrere videtur. Sunt tamen apud veteres tam evidentia moris ejus veſtigia, ut ſine vi manifeſta interpretationis, hæc veritas negari nequeat; nihilominus, ut libens concedam, inter honeſtos & homines gravitatem profeſſos, hoc coactionis inſtitutum non fuiſſe uſitatum, verum illos aut ultro eſſe ſecutos, aut civile laxamentum ſibi mutuo induliſſe, vel ſi quis importunius inſtaret, dediſſe fidejuſſores judicio ſiſtendi cauſa. In XII. tabulis ſic fuiſſe ſcriptum, tradit Gellius *lib. 10. c. 1.* *Manus injectio eſt, in jus ducito*; & alibi; *Si calvit pedemve ſtruit, manus endo jacito, fragm. XII. tabb.* & *Si in jus vocat, ni eat, manum injicito*, Cujac. *7. obſ. 16.* Ad vivum hæc conſvetudo deſcribitur ab Horatio *lib. 1. Satyr. 9. in fine*; Quos verſus oportet conſideremus. Agit Poëta de homine importuno, qui ipſum in via meditabundum adortus amittere nolebat. *Donec*, ait,

caſu venit obvius illi
Adverſarius, & quo tu turpiſſime? magna
Exclamat voce, & licet anteſtari? Ego vero
Oppono auriculam; rapit in jus, clamor utrinque
Undique concurſus; ſic me ſervavit Apollo.

Sic ab illo me expedivi, ait Poëta. Quod teſtimonia Terentii & Plauti rejicit Bachovius, non eſt quod multum refragemur, quia Comœdiæ illorum fere ſunt Græcæ, moribusque Græcorum accommodatæ; tametſi Bachovius hac ratione, quod ſciam, non utatur, ſed Comicorum Poëtarumque auctoritatem Juſtiniano objici non patitur: Quod equidem in comparatione autoritatis Legiſlatoriæ quis neget? verum de hiſtoria ſeculi illius ſi agatur, nihil cauſæ video, cur hominibus eorundem temporum neganda ſit fides eorum, quæ viderunt; Enimvero id facile animadverti poteſt, ſit ne Poëtica licentia fingendi, an ex hypotheſi moris recepti loquantur: quod de illis Horatii verſibus non poteſt, quin omnino ſit dicendum. *Caſu venit obvius illi Adverſarius*, inquit. Ergo ſine ullo Præcone vel antecedente citatione fortuito occurſu, modo Prætor ſederet, privatus a privato vocari potuit. *Et quo tu turpiſſime? magna exclamat voce.* Videmus, quomodo fæx populi hunc morem privatæ vocationis exercuerit, indigne ſæpius & proterve, non ſecus ac apud Lucianum, in ἁλιεῖ & alibi; εἰλήφαμέν σε, ὦ κατάρατε, &c. ἔπου μιαρὲ πρὸς δικαστήριον; &c. Sic alias apud Comicos, cum lenonibus & id genus hominibus agitur; quod alii cives & ordines honoratiores ſine dubio procul habuere, ſi modo ſemper; Nam ex Suetonii Auguſto *cap. 38.* colligi poſſe videtur, equites Romanos in ſolenni tranſvectione equeſtri coram Cenſoribus, ſæpe detractos fuiſſe ab iis, qui in jus eos vocarent; ſiquidem Auguſtus id prohibuit. Imo diſerte, id antea fieri ſolitum, affirmat Suetonius. *Et licet anteſtari.* Ex Lege XII. Tabb. Anteſtatio cum In jus vocatione conjuncta eſſe debebat, hoc eſt, Actor, (ſic dictus, ſi credimus Theophilo ad *pr. Inſt. de Action.* παρὰ τὸ ἄγειν τοὺς ἀγώμονας ἐπὶ τὸ δικαστήριον. ab agendis ad tribunal reis,

(e) *Poſ. ult.*

quæ

quæ licet falſa etymologia, tamen & hanc conſuetudinem adſeverat.) Actor, inquam, reum obvium in jus vocans teſtes adhibebat, quos vel ea gratia ſecum ſumpſerat, vel caſu præſentes requirebat: Etenim ſi inteſtato fieret vocatio, non poterat Actor reum deinceps in id quod intereſt convenire, qualis actio prodita eſt *in tit. D. In jus vocati ut eant;* ſiquidem Rei procaciam probare non poterat. Anteſtari autem ab ante & teſtari dicitur, προδιαμαρτυρηθῆναι; quia fiebat, antequam Reo manus injicerentur, ut probat Cujacius 7. *obſervat. c.16.* licet in XII. T. ita fuerit, *manum injicito, eneapito anteſtari:* ſed res loquitur, teſtes prius fuiſſe rogandos, antequam tumultus rapiendi oriretur, idque locus Horatii noſter indicat, & forte vocabulum *ancapito*, id eſt, *incipito. Ego vero oppono auriculam.* Moris erat, ut qui teſtem adhibebat, aurem ejus contrectaret. Lex Bajuvaria; *Teſtis*, inquit, *per aurem trahi debet*, Cujac. *ibid.* haut dubie, ut hoc ſigno admoneretur, rem geſtam memoriæ committere. Ait igitur Poeta, ſe fortuito præſentem, adhibitum fuiſſe teſtem in jus vocationi, præmiſſa rogatione actoris, *& licet anteſtari?* Sequitur; *Rapit in jus;* Eſt actus ipſe, cujus gratia fiebant reliqua. Loquitur vox *rapit*, quam placide ea vocatio ſit inſtituta. Idem cætera, quæ ſequuntur, indicant; *clamor utrimque, undique concurſus.* Non temere eſſe videtur, quod Viri Clariſſimi diſſentientes, in civitate bene morata ejuſmodi tumultus quotidianos, admodum deformes nec tolerandos putant. Sed, ut dixi, non eſt veriſimile, frequenter id accidiſſe. Nec tamen in ipſo jure noſtro deſunt loca, e quibus ille mos probari queat; Nam quorſum alioqui referas, quod eſt *in l.18. de in jus vocando; Plerique putaverunt, nullum de domo ſua in jus vocari licere, quia domus tutiſſimum cuique refugium atque receptaculum ſit, eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri.* Et in *l.21.* Sed etſi is, qui domi eſt, interdum vocari in jus poteſt, *tamen de domo ſua nemo extrahi debet.* Textus, qui objiciuntur, ſunt inprimis *l.5. Judic. l.9. C. de bon. autor. jud. poſſid. l.54. C. de Decurion.* ad quos poſt alios reſpondet D. Wiſſenbach. *Diſp. ad h. tit. th.15.* Bachovius adhuc triceps argumentum producit ex *l.11. de In jus voc.* ubi ponuntur tres limitationes, quibus remittitur pœnale judicium liberto, qui patronum ſine venia in jus vocavit. I. Si pœniteat libertum vocationis factæ. Atqui, excipit Bachovius, Atrox illa injuria non dilueretur ſola pœnitentia. II. Si Patronus non venerit; At quomodo poteſt non veniſſe raptus obtorto collo? inquit ille. III. Excipitur, ſi patronus non invitus vocatus ſit; at quomodo poteſt violenter rapi volens? Quibus rationibus non deerit uique in arena, quod reſpondeamus.

6. In jus vocari poſſunt, qui non prohibentur; quidam vero prohibentur penitus, quidam certo modo. Penitus prohibentur magiſtratus majores, quia nullum erat tribunal, ad quod vocari poterant; qui funus proſequuntur, qui ſacris adſiſtunt, qui uxorem ducunt, qui in jure ſtant, *l. 2.3.4. de in jus vo. nec eos, qui propter loci religionem inde ſe movere non poſſunt*, ait *d. l.2. de in jus voc.* Spectat hoc, ut videtur, ad ſuperſtitionem veterum, qui variis ominibus & præſagiis omni die abſterrebantur, ne ex aliquo loco diſcederent; ut, ſi intraſſet in ædes ater alienus canis, ſi anguis per impluvium deciderat de tegulis, ſi gallina cecinerat, ſi interdixerat hariolus, ſi haruſpex vetuiſſet, ut apud Terentium eſt *in Phorm. Act. 4. ſc. 4.* aut ſi lacinia conſurgenti, alicubi obhæſiſſet, quod Neroni omen oblatum iter Alexandrinum impediit, apud Sueton. *Ner. c. 19. Qui equo publico in cauſa publica transvehuntur;* Quod recte Cujacius de ſolenni transvectione equitum Romanorum accepiſſe videtur, ut & verba *d. l.2.* cum notiſſima conſuetudine transvectionis, & locus ille Suetonii modo citatus monſtrare videntur; licet diſpliceat D. Wiſſenbachio ad *tit. D. de in jus voc. th. 10.* qui cum aliis ea verba, de omnibus iis, qui equis publicis in cauſis publicis vehuntur, intelligi volunt. *Certo modo* prohibentur parentes & patroni, non aliter quam venia a liberis libertisque impetrata, * partim, quia prætor pati nolebat, ut perſonæ venerabiles invitæ raperentur, partim quia examinandum putabat, forte an Actio famoſa, quod non licet, adverſus eas inſtitueretur, *l. 10. §. penult. D. de in jus vocando.* Qui veniam neglexerat, hic aureis 50. mulctabatur, ut dict. ad *tit. de Action. §.12.* Cæterum, de litis conteſtatione, quæ eſt initium judicii ſtricte ſumpti, (& poteſt definiri, quod ſit in-

* Hæc veniæ petitio nec Saxoniæ nec communi Germanorum Jure neceſſaria eſt, cum citationes non amplius privata vi, ſed judicis fiant autoritate. Conf. tamen Schilt. *Ex. ad ff. 7. th.7.* ubi Jure VVürtembergico adhuc veniam in citandis parentibus, impetrandam eſſe docet.

chea-

choatio litis, per intentionem actoris & contradictionem Rei, apud Judicem, qui cauſam audire cupit, *l. un. C. de lit. Conteſt.* Cujac. *parat. C. ibid.)* ad tit. D. de Judiciis agendum. vid. *ſupr. de Except. apr.*

Tit. XVII.

De Officio Judicis.

Quid Judex & jus dicens differant. Judicis officium in genere. Quale hoc, ſi aliter ei de facto conſtet, quam e probatis conſtet. Quale, in actione noxali & in Rem. In ad Exhibendum. Familiæ Erciſc. & Comm. Divid. Finium Regundorum. Diſtinctio. Diviſio. Finis officii judicis.

Ultima Judicium conſtituens perſona, eſt Judex, qui in genere eſt vir bonus ad lites decidendas publice conſtitutus. Videtur hæc definitio ſic eſſe comparata, ut quoslibet Judices, qui in Jure noſtro habentur, comprehendat, tam qui cum Imperio & Jurisdictione, quam qui ſine Imperio nuda notione funguntur. Sciendum enim, generali vocis uſu etiam magiſtratus, qui Imperio ſunt præditi, judices appellari, *l. 1. de Judic. Rubr. D. de reb. auct. Jud. poſſid.* Unde *Majores* Judices in *l. 32. §. de liberali. d. Arbitr.* Sed plerumque Magiſtratus & Judices ſeparantur, *l. 2. de R. J.* Judicumque nomine intelliguntur hi, qui & Judices dati, & ſpeciales Judices, & Pedanei, & delegati appellantur, *l. 46. de Jud. l. pen. Jud. ſol. l. ult. de off. Præt. l. 4. de Tut. dat. l. 3. Ne quis eum, qui in jus voc. l. 5. de Off. Præſ.* adeo, ut Jure Pandectarum nomen Judicis ſimpliciter poſitum, de Judice pedaneo intelligatur, qui a prætore dabatur ad cauſam cognoſcendam ferendamque ſententiam; ſed jure Codicis ipſi Magiſtratus judicare ſunt juſſi, *l. 2. C. de Pedan. Jud.* itaque Judex & Jurisdictio fere jam æque late patent, loquente rubrica *Cod. de Jurisdictione omnium Judicum*, & hoc latiori ſenſu utimur in præſenti *tit.* Sunt tamen, qui in definitione, quam dedimus, Judicis non acquieſcunt; & primo, quod genus attinet, negant, Judicem eſſe Virum bonum ſemper, quod eſt veriſſimum; ſed non minus eſt verum, Judicem eſſe debere bonum virum, & in definitione conſiderandum, qualis eſſe debeat & qualis præſumatur, non qualis in cute vel intus in animo ſit. Boni & innocentis viri officio fungi Judicem oportet, ait *l. 4. §. 1. Famil. erciſ.* Ac rurſus, *ad Judicem, id, ad eſt virum bonum*, interpretatur *l. 137. §. cum ita. de V. O. Arbitratu Judicis quaſi viri boni*, ut ille modum verberum imponat, *l. 17. §. 5. de Injur.* Non addidimus tamen *Juris peritus*, quia hoc in omni Judice non requiritur; Majores enim Magiſtratus non neceſſario oportet eſſe juris-peritos, ſi quidem errata eorum Adſeſſoribus imputantur, qui jus illis ſuggerunt, *l. 2. Quod quisque jur. in ult.* juncta *l. 1. & l. pen. de off. Adſeſſor.* Nec quidem jure novo hæc res aliter ſe habet, ut apparet ex *N. 82. in pr.* Diximus in definitione, conſtitutum eſſe Judicem *publice* ad decidendas lites, ut ab arbitro diſtinguatur, qui partium compromiſſo ad inſtar judicis eligitur, *l. 1. & l. 3. §. 1. de recept. qui arbitr.* Manifeſtum autem eſt, iis verbis tam eos, qui immediate a ſumma poteſtate, quam & eos, qui a magiſtratibus judicandi poteſtatem accipere ſolebant, eſſe comprehenſos; de quibus utrisque latius ad *tit. D. de Judic.* vid. A. Matthæ. *diſp. 3. de Judic. th. 3. & ſeqq.*

2. (a) Porro judicis officium quod attinet, officii vox generaliter quaſi efficium dicitur, *ab efficiendo, quod unicuique perſonæ congruit*, autore Donato *in Adelp. Terent. act. 1. ſc. 1.* & Seneca *l. 2. controv. 5.* Eſt officium, facere quod debeas. Proinde Judicis officium eſt, facere quod Judicem qua talem facere & obſervare Leges præcipiunt; Judici ſtatim atque judex factus eſt, omnium rerum officium incumbit, quæcumque in judicio verſantur, ait *l. 25. §. 8. de Ædil. Ed.* Summa ejus proponitur in *pr. h. t.* ita judicare, quemadmodum legibus & moribus proditum eſt. Nam ſi contra leges expreſſe ſit judicatum, ſententia eſt ipſo jure nulla, * ut nec

* Querela nullitatis, quæ jure civili perpetua eſt, ac triginta demum annis præſcribitur, *a. l. 3. l. 4. C. d. præſcr. 30. l. 40. ann.* Carpzov. *P. 1. C. 26. def. 21. n. 10.* Jure Saxonico, contra ſententiam, intra Terminum Saxonicum a tempore publicatæ ſententiæ computandum movenda eſt, *O. P. S. t. 38. pr.* licet ſententia

(a) *Poſ. 1. 2.*

appel-

appellatione ſit opus, *l. 19. de Appellat. l. 4. §. 6. de Re Jud. l. 1. §. 2. Quæ ſentent. ſine appellat. reſcind. l. 2. C. Quando provoc. nec. non eſt.* ſi vero contra jus partium ſit pronunciatum, vel indirecte contra leges, appellatione reſcindi debet, *tot. tit. D. de Appellation.* Ex. gr. Judicatum eſt, minorem annis 14. recte feciſſe teſtamentum, ſententia eſt ipſo jure nulla. Rurſus, viſum eſt judici, teſtamentum recte eſſe factum, eo quod ætas teſtatoris ſatis ipſi probata videatur, valet judicatum, donec appellatione reſcindatur. Giphan. in *l. 5. C. de Legib.*

3. (b) Vetus Quæſtio eſt, quid Judex facere debeat, ſi aliter ipſi de facto conſtet propria ſcientia, quam liqueat ex actis & probatis. Dicendum, tutius eſſe, ut hoc caſu judicando abſtineat, quia nec adverſus conſcientiam judicare religio, nec contra acta atque probata, utilitatis publicæ ratio permittit; niſi ſit judex ἀνυπεύθυνος, qui rationem judicati reddere nulli cogatur, qualis nemo eſt, præter ipſum Principem, Don. *6. comm. 1.* Ameſ. *5. de Conſc. c. 54. qu. 5.* Bronch. *1. antin. 14.* Wiſſenb. *ad h. t. th. 23.* qui reſpondet ad *l. 79. §. 1. de Jud. & ad l. 6. §. 1. de off. Præſ.*

4. (c) Cæterum, Judicis officium pro natura cujusque actionis variat, nec ulla difficultas eſt, cognita alicujus actionis natura, judicis officium circa illam cognoſcendi. Sed non eſt omittendum heic, ſæpe jus actionis & officium judicis inter ſeſe opponi. Jure actionis ſive obligationis venit hoc, quod palam ineſt conventioni & quod in actione exprimitur: Et officio Judicis, quod natura negotii implicite fert, & per conſequentiam exigit. Hoc evidens inprimis eſt in bonæ fidei judiciis, de quibus in hanc rem Paulus in *l. 7. de Neg. geſt. Tantundem in bonæ f. judiciis*, inquit, *officium judicis valet, quantum in ſtipulationibus nominatim ejus rei facta interrogatio.* Exemplum in fine *l. præced.* habetur; uſuræ promiſſæ debentur ex jure obligationis & actionis; non promiſſæ, ex officio Judicis in bonæ fidei negotiis.

5. (d) Atque hoc implicitum adjudicandi munus intelligitur, quando κατ᾽ ἐξοχὴν judicis officium appellamus, eoque potiſſimum ſpectant exempla, quæ in *hoc tit.* recenſentur; in quibus primo quidem innuitur, quid judex ſecundum propriam actionis naturam decernere debeat; ſed inprimis hoc agit Cæſar, ut doceat, quid eum inſuper jubere præſtari oporteat. Ita in actione noxali, de qua *§. 1.* directe quidem reus damnandus eſt, ut damnum ſarciat, idque eſt in obligatione, ſed officio judicis continetur, ut reum noxæ deditione liberum eſſe præcipiat; nam hæc eſt in præſtatione, *l. 6. §. 1. de Re judic.* tametſi præſtatio illa & officium ipſa lege præſcribatur, ut alias fit plurimum.

6. (e) In actionibus in Rem, directe faciendum eſt judici, ut reum abſolvat, vel condemnet ad reſtituendum, *§. 2. h.* ſed fructus percepti, qui non ſunt pars rei ſingularis, non veniunt in rei vindicationem, ſed officio judicis adjudicantur, *l. 35. §. 1. de R. V.* Præterea, quanquam res continuo poſt ſententiam reſtituenda ſit, poteſt tamen judex aliquid laxamenti indulgere damnato ex cauſa, modo caveat, & hoc eſt officii, *d. §. 2.* In perſonalibus, quibus in quantitatem fit condemnatio, olim dabantur juſti dies triginta, ut erat in LL. XII. T. quibus condemnati ſolutionem conficerent; hodie ſpatium quatuor menſium competit, liberum ab uſuris; intra quod, ſi non ſolvatur, Uſuræ maximæ, id eſt centeſimæ, præſtantur, *l. ult. C. de uſuris Rei judic.* Moribus hodiernis nullum condemnatis laxamentum indulgetur. * In eodem §. fit quoque mentio hereditatis petitionis, in qua ferme

lata Juri ſit in theſi, ut loquuntur, contraria, Zigler. *ad d. tit. pag. 208.* Contra decretum tamen (einen Abſchied, Beſcheid,) aliumve actum Judicialem, nullitatis querela durat 31. ann. 6. ſept. & 3. d. Svendend. *ad Fibig. Proc. p. 914.* Carpzov. *Pr. t. 19. a. 3. n. 13.*

* Jure Saxon. in actionibus realibus, in dinglichen Klagen, item mixtis, & in rem ſcriptis, ac perſonalibus quoque, ſi debita res in ſpecie penes reum in natura extet, e. g. in actione depoſiti, commodati, quoties reus ad certam rem actori reſtituendam condemnatus eſt, eademque exiſtit, injungitur ipſi reſtitutio, quam ſi intra 14. dies non fecerit, executio ſuſcipitur, ac res mobilis aufertur & actori traditur, in immobilem ipſe immittitur, *O. P. S. t. 39.* §. nemlich wenn ein Urthel. Carpzov. *P. 1. C. 31. def. 3.* Svendend. *ad Fibig. p. 971.* Injungitur autem ipſi reſtitutio, poſtquam ſententia condemnatoria in rem judicatam tranſiit, *d. t. 39. pr.* ac a parte facta fuit eo nomine imploratio, *d. pr.* In actionibus autem perſonalibus, als um Schuld und anders dergleichen, reo imperatur, ut intra Terminum Saxonicum, a die inſinuati præcepti executivi computandum, actori ſatisfaciat, ſimulque certus dies præfi-

(b) *Poſ. 3.* (c) *Poſ. 5. 6. 7. 8.* (d) *Poſ. 9.* (e) *Poſ. 10. 11.*

Digitized by Google

eadem ratio eſt, quæ in rei vindicatione, tam quod ad rem ipſam, quam quod ad fructus attinet; niſi quod in Rei vindicatione ſpeciali judicis officio fructus veniunt, in hereditatis petitione, ſub ipſa actionis natura comprehenduntur; quia fructibus augetur hereditas, ideoque petiti cenſentur, etſi nulla eorum mentio facta ſit in libello, *l. 20. §. 3. de hered. pet. l. 1. C. eod. l. 35. §. 1. de R. V.*

7. Eadem ratio eſt in Actione ad exhibendum, quæ datur his, quorum intereſt, ut detur ſibi copia rei videndæ & explorandæ; Jus actionis hoc eſt; Reum vel abſolvere, vel condemnare ad exhibendum, ſi rem teneat, & Actoris probabiliter interſit, cum fructibus & eo quod intereſt, & omni cauſa, *§. 3. h.* ubi nota, quo ſenſu fructus & id quod intereſt, &c. nomine *cauſæ* veniant, quatenus *eam cauſam habere debet actor, quam habiturus eſſet, ſi nulla mora facta fuiſſet.* Denique, tempus ad exhibendum ſe, petenti negandum vix eſt, modo caveat exhibiturum, idque eſt *officii d. §. 3.* Cæterum eſt hæc actio in perſonam, ſed in rem ſcripta, & datur adverſus quemcunque rei poſſeſſorem, *l. 3. §. 3. D. ad Exhib.*

8. (f) De actione familiæ erciſcundæ, & communi dividundo, habuimus ad *tit. de oblig. ex quaſ. contr.* proprie & præcipue tendunt ad æqualem rerum diviſionem, idque ſecundum præcedentem, ſi qua ſit, conventionem, aut præſcriptum Teſtatoris, qui partes facere poteſt inæquales, ſalva legitima, vel Falcidia, *l. 10. C. de Famil. erciſc.* idque tam in oneribus quam in commodis, *l. 20. §. 5. D. eod.* Quod ſi non omnia, ſed pars rerum inæqualiter a Teſtatore diviſa ſit, in cæteris æqualitas ſervanda pro virilibus aut hereditariis partibus, *l. 32. D. & l. 21. C. Famil. erciſc.* quos textus noli putare contrarios eſſe, ut aliqui volunt; etiam Wiſſenbach. ad *d. tit. ff.*

SCHOLIUM.

Non puto, Autorem viriles & hereditarias partes hic ſynonymice uſurpare, quod facit Wiſſenb. ad ff. famil. erciſc. th. 11. *Ab hoc enim diſſentit in præſenti poſitione. Sed hæc videtur ejus mens eſſe, hereditarias partes tum eſſe obſervandas, ſi pater liberos inæqualiter inſtituerit; ſi minus, viriles, quod probo.*

RESPONSIO.

Explicabitur hæc res ad Pandectas h. t.

Quod ſi res æqualem diviſionem non recipiant, tum cauſa ad *officium* redigitur, ut fiant *adjudicationes*; per quas rerum inæqualitas per pecuniam ad æqualitatem reducatur, *§. 4. & 5. h. l. 52. §. 2. & l. 55. Fam. erciſ.*

9. (g) Jus actionis & officium judicis, in Actione Finium regundorum, ex definitione illius Actionis colligi poteſt; Actio autem finium regundorum inter eos datur, qui habent confines agros, ad hoc, ut fines veteres declarentur, aut, ſi id fieri nequeat, novi per Judicem conſtituantur. In quibus dirigendis ſæpe fit, ut particula ex unius agro decerpatur, alterique tribuatur & adjudicetur, pro qua tum hic pecuniam alteri ſolvit, *§. 6. h. tit.* quod inprimis eſt *officii.* Et hæc quidem de his actionibus exempli cauſa hoc titulo exponuntur, quæ latius deducere viſum non eſt; cum hæc tantum obiter inciderint. Singularum ſedes rerum in Pandectis explicandæ ſunt. Cæterum, illis adjudicationibus dominium immediate transfertur, *§. ult. h.* Ulpian. *tit. 19. §. ult.* aut ſi res aliena ſit, uſucapiendi conditio, *l. 17. de uſucap.* Alioqui per ſententias non transfertur dominium, ne quidem in rei vindicatione, ſed declaratur tantum in ea, dominium pertinere ad petitorem, *per l. 6. §. ult. de Re judic.* Cont. *diſ. jur. cap. de mod. adj. dom. 12.*

10. Ex his, quæ dicta ſunt, intelleximus, officium Judicis egredi non debere terminos legis, nec aliter eum poſſe judicare, quam natura cujusque actionis & obligationis ferat; νόμοις ἐγνωσμένοις διδόναι ψῆφον, *legibus cognitam edere poteſt ſententiam, Nov. 26. cap. 1.* Igitur quando officium ejus vertitur circa civium conventiones, ipſe de ſuo nihil addere poteſt, verum id, quod inter partes actum eſt, officium judicis ſequi debet; ne princeps quidem addere poteſt aliquid, aut detrahere juris, quod ita partibus

gitur, quo, ſi ſolutio intra præfinitum haud facta ſit, executio ſuſcipi debeat, *d. Tit. 39. O. P. S.* §. Wenn aber das Urthel auf perſönliche vid. Carpzov. *P. 1. C. 32. def. 4.* Atque hic terminus etiam in executione ex inſtrumento gvarentigiato attenditur, *Dec. El. 2. 3. Dec. El. 12.* Carpzov. *d. l. def. 4.* Aliud vero ſpatium executioni ſententiæ ob actionem perſonalem latæ, definitum eſt jure Sax. communi, ubi in L. R. *l. 2. art. 5 & l. 1. a. 70.* debiti ſolutio ſub pœna executionis intra quindenam, über 14 Tage, imperatur. Schilter *Prax. Exerc. 46. §. 26.*

(f) *Poſ. 13. 14. 15.* (g) *Poſ. 16. 17.*

quæ-

quæſitum, *§. ult. ſupr. de his, qui ſui vel al. jur.* nedum Judex, qui Legum ſolummodo miniſter eſt, invitis quicquam obtrudere poſſit. Atqui non raro Judicis officium, juri, quod ex obligatione vel natura cujusque actionis oritur, opponi videmus. Sic in *l. 7. Negot. geſt. Tantundem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet, quantum in ſtipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.* Similis oppoſitio obligationis & officii judicis, eſt in *l. centum Capuæ 8. D. de eo quod cert. loc.* aliisque ſine numero locis, de quibus vid. Briſſon. *lib. 13. de V. S. verb. officium.* Videlicet, conditio obligationum æſtimatur, vel ex eo, quod aperte inter partes actum & expreſſum eſt, ſive quod primo intuitu naturæ negotii ineſſe apparet, vel ex eo, quod tacito partium conſenſu per æquitatem manifeſtam obligationi implicitum eſt: cujus æquitatis ac taciti conſenſus, Judex interpres & moderator eſt: minime vero credendum, in iis locis, ubi talis oppoſitio reperitur, judicem egredi vim atque naturam obligationis. In bonæ fidei judiciis, de quibus *d. l. 7.* loquitur, hæc res indubitata eſt, nec enim neget quisquam, laxitatem æſtimationis, quæ Judici adſcribitur in illis judiciis, oriri ex intima obligationum, unde naſcuntur illa judicia, natura, ut ex iis, quæ ad *§. 28. ſupra de Action.* propoſita ſunt, intelligitur. Sæpe etiam extrinſecus ejusmodi ſingularia occurrunt, quæ judicis officium, extra quam inter partes actum eſt, inducunt; de quibus tamen non ſit dubitandum, quin tacite partes conſentiant, veluti in *l. ult. de Action. empt.* venditus erat ſervus, qui in hoſtium poteſtate erat: venditio valet, & ſervus eſt præſtandus, ex vi contractus ſtatim, ſed officio judicis continetur, ut præſtatio ſuſtineatur, donec tradi poſſit: Quis enim adeo ſit iniquus emptor, ut in id non conſentiat? Quin hujusmodi extenſio obligationis, in ſtricti quoque juris actionibus aliquando fieri poteſt: Nam etſi minus ibi judicis interpretationi hac parte indulgeatur, tamen ejusmodi ſingularia incidere poſſunt, quæ judicem dubitare non ſinant, quin etiam tacite inter partes actum videatur, quod verbis non eſt expreſſum, ut ex *d. l. centum Capuæ.* cujus latior interpretatio non eſt hujus loci, probatur, vid. D. Wiſſenbach. *ad tit. ff. de eo, quod cert. loc.* Tenendum igitur, vel Judicis officium præciſe ad normam Legis, aut expreſſæ conventionis, eſſe definitum; vel ex conſequenti interpretatione Legis atque conventionis proficiſci. Utroque ſenſu ex lege, vel ex conventione, eſſe oriundum; licet etiam utroque ſenſu obligationi opponatur. Etiam hoc, inquam, judicis officium, quod e lege expreſſa oritur, obligationi poteſt opponi, ut apparet in actione noxali; in qua præſtatio damni ſola eſt in obligatione, judicis tamen officium eſt, reum quoque ad noxæ deditionem condemnare, non equidem ſuo arbitratu, ſed e claro & ſpeciali legis præſcripto, *l. 6. §. 1. de Re Judic.* Serviet nobis hæc obſervatio non uni explicandæ difficultati, quæ ſubinde nobis in Arte Juris occurrent.

11. (h) Neſcio, an huc referri poſſit vulgata officii Judicis diviſio, in Nobile & Mercenarium, quæ quidem, ſi terminos verborum conſideres, ignobilis & inepta; ſi rem, non omnino ab Arte Juris abhorrens videtur. Nobile vocant, quod per ſe ſubſiſtit, & nulli inſervit actioni, ſive proprio motu, ſive etiamnum ad partis petitionem, Judex id fuerit impertitus; quo referunt, condere ſtatuta, punire ſontes, reſtituere in integrum, dare Tutores, & ſimilia. Mercenarium dicunt, quod actioni inſtitutæ ſervit, ut decernere citationes, recipere exceptiones, interrogare teſtes, abſolvere, condemnare. Conſequenter, ad nobile officium pertineret etiam illa poteſtas adjudicandi ea, quæ ex implicita actionis natura, atque circumſtantiis æquitatis, denique tacito partium conſenſu, in quoque judicio præſtanda veniunt; item, quando judex ea, quæ deſunt advocatis partium, ſupplet. Defendit latius hanc diviſionem Bachovius *ad h. tit.* Improbant Coraſ. *7. miſcell. 9.* Voet. *ad pr. h. t. n. 3.*

12. Sed quando finitur Judicis officium? Hic inter Magiſtratus judicesque datos diſtinguendum. Ejus officium non poteſt aliter quam honore finito, idque morte, vel tempore, extingui; Judicis vero ad unam cauſam dati officium, finitur morte, *l. 60. l. 32. & l. 76. de Jud.* tempore, ſi hoc adjectum ſit, *d. l. 32. & l. 2. §. ſi & judex.* furore, *l. 46. D. eod.* Prohibitione ejus, qui dederat judicem, *l. 12. pr. & l. 58. eod.* Si quid litigatoribus acciderit, quo judicium inter eos amplius conſiſtere nequeat, *l. 11. & l. 44. §. 1.* item excuſatione, *l. 18. eod. l. 13. & tot. tit. de vacat. & excuſ.* denique ſententia, *l. 55. de Re Jud.* Quid ſi Magiſtratus, a quo judex dictus eſt, ſucceſſorem acceperit? Non finitur officium Judicis. *l. 49. §. de Judic.* quanquam ita expreſſe Judicem

(h) *Poſ. 4.*

cem dare non poteſt Magiſtratus, ut tum demum judicei, quando ipſe privatus eſt futurus. Ita nulla pugna *d. l. 49. §. 1.* cum *l. 13. §. 1. de jurisdict.* ſecus ac videtur D. A. Matth. *Diſp. 3. de judic. th. 17.* Cæterum, ad ſingulas cauſas ſi reſpicias, plerisque jam dictis modis finitur etiam Magiſtratus, ac Judicis perpetui officium. Plura de officio Judicis, vide ſis, lector, in *obſerv. Pract.* Viri Cl. A. Matthæi Anteceſſoris Lugdunenſis celeberrimi, *cap. 2.*

Tit. XVIII.

De Publicis Judiciis.

Quid & quotuplex judicium publicum. De crimine læſæ Majeſt. De Adulterio. De Homicidio. De Parricidio. De Falſo. De Vi. De Peculatu. De Plagio. De ambitu & repetund. De reliquis criminibus, & concluſio.

(a) QVæ hucusque de actionibus dicta & diſputata ſunt, ad id genus actionum pertinent, quas hi ſoli, ad quos ea res vel injuria pertinet, inſtituunt; quæ exinde privata judicia appellantur: poſtremo loco ſubjiciuntur publica Judicia, in quibus cuilibet datur accuſandi poteſtas, idque ex lege aliqua publicorum judiciorum, *§. 1. h. l. 1. D. h. t.* Ejusmodi autem Leges inde naſci videntur, quod nominatim de *graviori* (hac voce occupatur Scholium ſatis prolixum D. Thomaſii ad *Poſit. 2. h. t.*) crimine latæ ſunt, ut *Lex Julia* de læſa majeſtate, & adulteriis, *L. Cornelia* de ſicariis, de falſis, *Lex Pompeja* de Parricidis &c. Duobus igitur requiſitis differentia publicorum a privatis judiciis conſtat, quod & accuſandi facultas cuilibet e populo datur, & quod e lege aliqua publici judicii, cauſa eſt oriunda. Primum diſcrimen ſolum, non ſufficit ad definitum ſatis limitandum. Nam & populares actiones dantur cuilibet e populo, nec tamen publica ſunt judicia; quia non dantur ex aliqua lege publicorum judiciorum, ut e textibus & exemplis patet, ex *l. 12. de V. S. l. 7. in pr. de Jurisd. l. 5. §. 5. de his, qui effud. vel dejec.* Sufficiunt, inquam, illa diſcrimina in uſum definitionis.

N. ADDIT.

Ut appareat, Scholium illud meum prolixum, quod modo Autor dixerat occupatum eſſe circa vocem gravioris criminis, *nihil minus intendere, quam iſtud, opus erit, ut id apponatur integrum, cum duplex ſit. In primo remiſeram ſaltem lectorem* ad Philoſ. juris, *§. 140.* & ad Strauch. XIX. 4. p. 212. *de mea ſententia, quoad differentiam delictorum publicorum & privatorum. Poſtea doctrinam hanc latius expoſui* in diſſert. de abigeatu *§. 7.* ſeq. *quæ eſt diſſert. 13. inter Lipſienſes. Secundum Scholium reſpexit doctrinam Autoris, etiam hic repetitam, de notis criminis publici.* Dixeram igitur: *Sed & damnum injuria datum coercetur lege aliqua, ſcilicet Aquilia. Quod ſi urgeas, requiſita criminum publicorum non eſſe ſeparanda, ſed aliam notam, quæ poſitione ſequenti exponitur, addi debere, quod nimirum quilibet de populo ad accuſandum admittatur in delicto publico, quod non ſit in damno legis Aquiliæ; urgebo: nec illam notam eſſe perpetuam, ſed vel ipſo Autore* in Prælect. n. 1. in fine *concedente, in adulterio, & crimine falſi, de ſuppoſito partu, non omnes ad accuſationem admitti,* Conf. Wiſſenbach. ad ff. de publ. judic. th. 1. *ut ergo horum duorum differentiam a legis Aquiliæ damno experterem. Video equidem, quod Autor jam effugium quærere velit in voce* graviori *crimine. Sed id minime ſufficiet. Nam primo ſic tria fient capita differentiarum publici Judicii a privatis, & ita falſum eſſet, iſta duo ſufficere. Deinde iſta* gravitas *eſt terminus obſcurus. Cur enim crimen adulterii aut partus ſuppoſiti, gravius eſt, quam damnum legis Aquiliæ? Sane multa hic ulterius ſupponenda eſſent ad declarandum hunc terminum, quæ non poſſent comprehendi ſub iſtis duobus requiſitis hic repetitis.*

Altioris indaginis eſt differentia, quam Juſtinianus obiter indicat, cum ait, horum judiciorum eſſe magnam diverſitatem *& in inſtituendo & in exercendo.* Nam in privatis cum ventum erat in jus, prætor actione ſecundum formulam edita, cæterisque judicii præambulis perfectis, dabat judicem pedaneum, qui cauſam cognoſceret & ſententiam ferret, quam dein prætor exſequebatur. In publicis, Accuſator nomen Rei deferebat ad Magiſtratus & ſubſcribebat in

(a) *Poſ. 1.*

crimen

crimen, hoc eſt, libello, quo ſummam accuſationis complectebatur, ſubſcribebat; ſe obligare ſemet ad pœnam talionis, ſi calumniæ convictus foret, *l. 3. de Accuſat. & inſcript.* Petebatur a Prætore dies inquirendorum criminum. Idem Prætor ex decuriis Judices conſcribebat, quorum nomina in urnam conjicerentur, ut ex his numerus júdicum ad eam cauſam neceſſarius, forte duceretur, qui in leges jurabant: Prætor injuratus judicio præſidebat, dum cauſa agebatur. Ea peracta, judices mittebat ad dicendas ſententias, in quem finem accipiebant tabulas abſolutionis, condemnationis, & ampliationis, quarum aliquam ſinguli in urnam conjiciebant: donec iis Lege Glaucia comperendinandi poteſtas eſſ data. Vid. Aſcon. Pæd. *in 2. & 3. Verrin.* Briſſon, *l. 2. antiqu. c. 1.* Borcholt. *ad h. t. in pr.* Moribus hodiernis accuſationem publicam cuilibet civium competentem non eſſe amplius in uſu, ſatis conſtat, Procuratore Generali ad eam ubique terrarum conſtituto. *

SCHOLIUM.

Quod Autor hic aſſerit, moribus hodiernis non quemlibet admitti ad accuſationem de crimine publico, forte reſpexit ad ea, quæ habet Wiſſenb. d. l. th. 3. *Sed apud nos, quamvis proceſſus accuſatorius non facile frequentetur, propter introductionem proceſſus inquiſitorii, accuſationes tamen propterea non ſunt prohibitæ, ſed adhuc obtinent.* Carpzov. pract. Crim. quæſt. 103. n. 17. & quæſt. 104. 105. 106. *Ergo & quilibet de populo hodieque admittetur.* Carpz. d. qu. de accuſ. poſ. ult.

RESPONSIO.

Verum eſt, non videri prohibitos privatos. Sed ejusmodi exemplum non memini unquam extitiſſe, apud nos utique, difficulter admiſſum iri credo.

N. ADDIT.

Aſſentior jam Autori, nec apud nos exemplum oſtendi poſſe, ubi quilibet de populo admitteretur. Quod vero ita aſſertiones theoreticæ pragmaticorum, etiam differant a praxi, cauſa eſt incepta mixtura juris Romani & morum patriorum in proceſſu criminali, a qua etiam ipſa conſtitutio Carolina, quam hodie pro norma ſequimur, non eſt libera. Sed ea de re fuſius alibi erit dicendi locus.

Poſſet tamen diviſio in publica & privata crimina ſic etiamnum intelligi, ut publica ſint, quæ directe vulnerant Rempubl. privata, quæ lædunt privatos in corpore, honore, boniſve. Hoc ſenſu crimen Majeſtatis, peculatus, repetundarum, reſiduorum & ambitus, publica, cætera privata forent; ſed hic Juſtinianum ſequimur.

2. Ille diſtinguit Publica Judicia, in capitalia, & non capitalia. *Capitalia*, quibus pœna mortis naturalis, aut civilis, infligitur. *Non Capitalia*, quibus levior pœna, ut jactura bonorum &c. *l. 2. de Pœn. l. 2. de publ. jud. l. 13. de bon. poſſ. l. 33. §. 2. de Procur. in pr. h.* Notandum autem, verbum *capitale* ſumi vel ſtricte, vel latius, vel latiſſime: Stricte, pœnam ſanguinis ultimam, *l. 18. C. de transact.* Latius, ut hic, mortem & civilem & naturalem, *l. 103. de V. S.* Latiſſime criminalem, imo & famoſam quamlibet ſignificat, *d. l. 103.* unde & relegatio pœna capitalis dicitur, *l. 12. §. 4. de Accuſat.* quoniam infamat, *l. pen. §. 2. de var. & extraord. cognit.* Imo adhuc latius apud Ciceronem aliosque veteres, Caput non modo vitam hominis, ſed & omnem perſonæ ſtatum, qui honores quoque & fortunas comprehendit, notat. Hinc cauſam Quintii, quamquam de re pecuniaria, Cicero capitalem *in orat. pro Quint.* aliquoties vocat; quia, ſi perdet eam, inquit, futurum eſt, *ne Quintius in civitate ſit, ne locum ſuum, quem adhuc honeſtiſſime defendit, obtineat, ne numeretur inter vivos, decernat de vita & ornamentis ſuis omnibus;* quæ amiſſo patrimonio, conſequi videntur. Sic & caput pro fama ſæpe uſurpat idem Cicero, non tamen ſine improprietate; *ſi qua ſunt judicia ſummæ exiſtimationis & pene dicam*, ait, *capitis, tria hæc ſunt, fiduciæ, tutelæ, ſocietatis. Orat. pro Roſc. Com.* Denique infamia oritur ex omni judicio publico, ſive capitali, ſive non capitali, *l. 7. de publ. jud.* Quod autem *ſupra* diximus, Judicia publica cuilibet e populo dari, id Imperator limitat, addendo particulam taxativam *plerumque in §. 1. h. t.*

* Apud nos quidem hujusmodi accuſationes ſunt in frequentes, competere tamen cuivis ex populo adhuc Jus in publicis Judiciis accuſandi, teſtatur Carpzov. *Pr. Crim. qu. 106. n. 36. ſeqq. & qu. 107. n. 42. ſeqq.* & apparet ex *Reſol. Gr. 6. d. An 609. gr. 5. it. Ord. Provincial. d. Ann. 1555. tit.* Von Unkoſten der peinlichen Rechtfertigung. § Welches *verb.* da kein Kläger verhanden Ceſſat autem apud nos in Accuſatore non tantum inſcriptio & talionis pœna, Carpzov. *d. qu. 106. n. 42.* ſed & incarceratio, quam *Ord. Crim. art. 12. 14.* usquedum ab eo cautio præſtita ſit, admittit. Id. *d. l. n. 48.*

Nam eſt unum & alterum crimen publicum, cujus accuſatio certis tantum perſonis datur, ut adulterium, de quo in *l. 30. C. ad L. Jul. de Adult.* & falſum in ſuppoſito partu, *l. 30. §. 1. ad L. Cornel. de Falſ.* Sunt etiam perſonæ, quibus accuſare non licet, *l. 8. de Accuſat. l. 43. §. 10. de rit. nupt.* de quibus heic latius agendi non eſt locus, quia non eſt viſum Juſtiniano de his rebus agere in Inſtitutionibus. Pergamus ad ſingulas judiciorum publicorum ſpecies.

3. (b) Primum publici judicii Exemplum eſt, læſæ MAJESTATIS, quo tenentur hi, qui adverſus ſummam poteſtatem Reipubl. cui ſunt ſubjecti, deliquerunt. Majeſtatis vocabulum veteribus amplitudinem perſonæ & auctoritatem ſplendoremque reſpectu gloriæ ob virtutes, res geſtas, aliaque ſignificat. Ita Vellejus *lib. 1. cap. 10.* filium Africani majoris *nihil ex paterna majeſtate, præter ſpeciem nominis vigoremque eloquentiæ, retinuiſſe narrat.* Juxta hunc ſenſum Lipſius optime *lib. 1. polit. c. 16. §. 2.* Majeſtatem Principis finit, quod *ſit Reverenda quædam amplitudo ob meritum virtutum, aut rerum affinium.* Sic etiam pro amplitudine Magiſtratuum uſurpatur, ut cum Cicero in orat. contra Piſonem; ignoraſſe illum, ait, quanta ſit *Majeſtas Conſulatus;* eoque pertinent Ulpiani verba in *l. 11. de Juſtit. & Jur. Ubicunque Prætor, ſalva majeſtate Imperii ſui &c.* At ſub Imperatoribus cœpit ea vox paulatim ad τὸ κυριώτατον ſummæ Poteſtatis exprimendum adhiberi. Unde jam apud Vellejum hæc formula adverſus Tiberium, *Majeſtatis ejus pace dixerim.* Et perſpicuum eſt, in Lege Julia Majeſtatis, id vocabulum per excellentiam quoque poſitum eſſe, reſpectu ſummæ poteſtatis, quæ ſit in Republica; & his diebus nihil eſt notius, quam omnium ſcriptorum uſu Majeſtatem ita conſtanter uſurpari. Porro Summa poteſtas definitur, Facultas moralis regendi civitatem, cujus actus alterius humanæ voluntatis arbitrio non poſſunt infirmari, ut optimus ejus rei magiſter dixit Grotius, *lib. 1. de J. B. & P. c. 3. n. 7. & ſeqq.* Cæterum, qua forma Reipubl. regatur civitas, nihil intereſſe, docet idem; Quippe procul dubio in Democratia & in Ariſtocratia, perinde quam in regno, eſt Majeſtas. Hinc Lege Julia Majeſtatis tenentur, qui adverſus populum Rom. vel ejus ſecuritatem aliquid committunt, ait Ulpian. in *l. 1. D. ad L. Jul. Majeſt.* Juſtinianus in *§. 3. h. t.* Legem Juliam Majeſtatis in *eos, qui contra Imperatorem vel Rempubl. aliquid moliti ſunt, ſuum vigorem extendere*, ſcribit. Primo auditu videtur hic locus eorum favere ſententiæ, qui duplicem volunt eſſe Majeſtatem, perſonalem, atque realem; illam Reip. hanc populo convenientem. Sed nihil opus eſt, opinionem alibi refutatam his verbis confirmari. Ulpianus morem veteris Reip. ſecutus eſt, ac hypotheſin Legis Juliæ, quæ ſub Auguſto lata fuit. Hic autem inter σοφίσματα politica hoc habuit, ut, cum ſumma poteſtas Reipubl. ipſi delata eſſet, eamque pleniſſime exerceret, in omnibus tamen publicis actibus locutiones antiquas, ac ſi Respubl. adhuc floreret, obſervaret, quemadmodum probavimus *lib. 1. c. 25. Digreſſ.* Sed rurſus aliquis dicet; an igitur Majeſtas penes Imperatorem & populum ſimul fuit, ut hic utriusque mentionem fieri videmus? Id quidem non poteſt; jus enim Reipubl. totum penes Imperatorem, fuit: Proinde cum ait, *adverſus Imperatorem*, intelligit perſonam Cæſaris; verbis *contra Rempubl.* molimina contra publicam tranquillitatem in dicantur, ut tamen hæc etiam a Majeſtate Cæſaris æſtimentur. Nam quod Cæſaribus Romanis ſumma Reipubl. poteſtas, vere ab Senatu populoque Rom. delata fuerit, copioſe a nobis probatum eſt *d. lib. 1. Digreſſ. c. 17. & ſeqq.* Qui vero alioqui habeant ſummam poteſtatem, qui non habeant, prolixior diſſertatio eſt, quam ut heic abſolvi queat; dix. *in lib. 1. de Jur. Civit. c. 15. & ſeqq.* Poſtremo notandum, indefinitione criminis majeſtatis, haud fruſtra eſſe poſita verba, *cui ſunt ſubjecti.* Nam ſi quis externus ſummæ poteſtati non ſubjectus, aliquid adverſus Rempubl. moliatur, is ut hoſtis occidi, at hoc judicio accuſari non poteſt; cum relatio Majeſtatis, niſi inter Imperatores atque ſubjectos, locum habere nequeat: *c. paſtoralis. verſ. rurſus non eſt. Clement. lib. 2. tit. de ſent. & re jud.* Quomodo autem ſubjectus aliquis fiat, an, quod quis reperitur in alieno territorio; & ſi hoc ita, an & Princeps diverſi populi in alieno territorio agens, fiat ſubditus, (quæ eſt agitata quæſtio ſuperiori ſeculo in *Maria Stuarta*, inexpiabili Magnæ Eliſabethæ invidia ſupplicio affecta) res ſunt, quæ hujus inſtituti modum egrediuntur. Porro crimen Læſæ Majeſtatis eſt duplex, Perduellionis, & Majeſtatis in ſpecie, *l. 3. C. de*

(b) *Poſ. 7.*

Abolit.

Abolit. l. ult. ff. ad L. Jul. Maj. Perduellio dicitur, cum quis hoſtili animo aliquid eſt machinatus, cujus exempla ſunt in *l. 1. §. 1. l. 3. & l. 4. D. ad L. Jul. Majeſt.* ſi per alicujus operam armati homines in urbe ſint, conveniantve adverſus Rempubl. locave occupentur, aut homines ad ſeditionem concitentur, vel contra Rempubl. arma quis ferat, qui hoſtibus nuntium literasve miſerit, ſignumve dederit, aut ad eos perfugerit, qui injuſſu Principis bellum geſſerit, quive privatus pro poteſtate magiſtratuve quid ſciens dolo malo geſſerit; aut qui aliquid horum omnium, vel ſimile quid, facere curaverit. Majeſtatis in ſpecie crimen committitur, cum quis læſit quidem ſummæ poteſtatis jura, at lucri potius aliave cauſa, quam intentione hoſtili, *l. ult. §. plane. eod. tit.* ut eſt, qui monetam cudit, qui conſecratas principis imagines conflavit, *l. 6. eod.* Huc etiam referre queas deditionem arcis aut oppidi, per ignaviam & vecordiam, hoſtibus factam, *l. 3. d. tit. ad L. Jul. Majeſt.*

4. Pœna perduellii non tantum eſt mors, ſed & memoriæ poſt mortem damnatio, ad liberos quoque pertinens, qui perpetua infamia & paupertate damnatur, ſolis filiabus quarta parte bonorum maternorum relicta, *l. quisquis 5. C. ad L. Jul. Majeſt.* Quæ tamen extenſio pœnæ ad liberos, nimis rigida, & rationi exemploque juris divini ac humani, contraria exiſtimatur; cum ſalva ratione juſtitiæ, pœna non poſſit egredi auctorem delicti, *Deuter. 24. v. 16. Ezech. 18. v. 20. 2 Reg. 14. v. 6. 2 Chron. 25. v. 4. l. 26. de pœn.* Habemus quidem exempla in ſacris literis eorum, qui cum liberis ſupplicio affecti ſunt, ut Achanis, *Joſ. 7. v. 13.* Kores, Dathanis & Abirami, *Num. 16. v. 32.* Nota quoque eſt interminatio quarti præcepti, Deum peccata parentum in tertiam & quartam generationem puniturum: ſed his non deerit reſponſio. Denique, Majeſtatis in ſpecie pœna, mors eſt ſimpliciter, *d. l. ult. h. t.*

5. (c) Secundum crimen publicum, eſt ADULTERIUM, quod definitur, corruptio mulieris alii nuptæ; ſive nupta cum cælibe, ſeu cum marito alieno rem habuerit. Quod ſi vir, etſi conjugatus, rem cum virgine, vel vidua habeat, hoc nihil eſt quam ſtuprum, *l. 6. §. 1. D. ad L. Juliam de Adult.* *. Ratio differentiæ, inter virum cum ſoluta & mulierem cum cælibe rem habentem, eſt hæc; quod mulier nupta pariter adulterinos partus ſupponat, quod in virum non cadit. Non negamus, fidem conjugalem æque a viro quam ab uxore violari, in commixtione cum cœlibe; & coram Deo forſitan æquale utriusque delictum videri. Sed aliter in foro criminum rationes expenduntur, ſcilicet cum de pœnis infligendis agitur; Tunc enim, quod delictum magis lædat ſocietatem communem, examinatur. Id autem fit manifeſto gravius a muliere propter ſuppoſitionem falſorum partuum, quam a viris, quorum cum innuptis congreſſiones nihilo plus mali poſt ſe relinquunt, quam ſi utrinque cœlibes, coitus illicitos miſceant. Nec aliter Optim. Max. Nomotheta per Moſem legem ferri juſſit ad Hebræos *Levit. 20. v. 10. & Deut. 22. v. 22.* non obſtantibus *Gen. 1. v. 27. Gen. 2. v. 24. Matth. 19. v. 5. 1 Corinth. 6. v. 15. & 16. 1 Corinth. 7. v. 3. & 4.* Ad quæ loca reſponſio colligi poteſt ex eo, quod jam diximus. Jure Canonico adverſa ſententia probari creditur, *cap. dixit. cap. nemo ſibi blandiatur. qu. 4. c. non mœchaberis. 32. q. 6.* Diff. etiam Menoch. *2. de arbitr. caſ. 420. n. 106. & caſ. 249. n. 3. & ſeqq.* Beza *tract. de polygam.* Wiſſenbach. *diſp. ad Inſt. 53. th. 26.* Iidem polygamiam volunt eſſe adulterium, procul a ſenſu omnium gentium ipſorumque Hebræorum, apud quos polygamia impunita, minime vero adulterium fuit, & refellitur ex *l. 18. C. ad L. Jul. de Adult. & l. 2. C. de Inceſt. nupt.* quanquam ſane mulier duobus nubens, vere adultera eſt, *l. 7. & Auth. hodie C. de repud. ex Nov. 117. c. 11.* ratione differentiæ ſuperius allegata. Argumenta diſſentientium refellit A. Matth. *d. cap. n. 13.* Committitur & in ſponſam alterius adulterium, *l. 13. §. 3.* ** etſi ſponſus eam jure viri accu-

* Jure Saxonico hoc pro adulterio ſimplici æque habetur, ac concubitus uxoris cum juvene vel viduo; unde huiusmodi vir capite plectitur, *P. 4. C. Elect. 19.* §. Darüber er aber. *verb.* ſondern auch der Ehemann. Churfürſtl. Sachſ. Kirchen-Ordnung. *tit.* von der Straffe der Unzucht. §. da einer Carpzov. *ad d. C. def. 8.* Virgo autem vel vidua, cum qua maritus commiſit adulterium, fuſtigationis & perpetuæ relegationis pœnam patitur, *d. C. 19.* §. Darüber. *verb.* die ledige Dirne. Carpzov. *ad eand. c. d. 9.* add. Berger. *Elect. Juriſpr. Criminal. Membr. 4. §. 1. p. 130.*

** Et a ſponſo quoque. Solet autem hoc caſu ſponſo aut ſponſæ pœna fuſtigationis in Saxonia dictari; ſed & is, qui cum ſponſa aliena concumbit, eadem pœna coercetur, fœmina vero ſoluta, ob ſtuprum

(c) *Poſ. 13.*

ſare

ſare nequeat, *l. 11. §. 7.* etiam in nuptam alterius, quæ corpus ſuum proſtituit, * *l. 13. §. 2.* niſi viro deſerto vagetur, *l. 22. C. eod.* quos textus ita conciliare liceat.

6. Pœna Adulterii ex L. Julia fuit relegatio, argumento *l. 5. de Quæſtion. l. 11. pr. & l. 29. §. 1. D. ad L. Juliam de Adult.* Idemque Tacitus, Plinius, aliique veterum teſtantur. Cujac. *6. obſ. 11. & 2. obſ. 18. & 19.* Briſſon. *lib. ſing. de Adult. c. 2.* Sed Conſtantinus Magnus in *l. 30. C. ad L. Juliam de Adulteriis*, pœnam ſanxit capitalem, quod Tribonian. *in §. 4. h.* legi Juliæ per abuſum emblematicum adſcripſit. Eadem pœna παιδεραςαῖς, ſive iis, qui cum maſculis infandam libidinem exercent, infligitur, *h. §. 4. l. 31. C. ad L. Jul. de Adult.* Conſtantinus ejusque filii, ſanctiones *dd. ll. 30. & 31.* ad exemplum juris divini compoſuere, *d. cap. 20. Levit. 20. & Deut. 22.* Lex Julia tanquam Lenones, etiam perſecuta eſt maritos, qui deprehenſas in adulterio uxores retinuere, & adulteros dimiſere, vel aliquid de adulterio uxorum ſuarum ceperunt, *l. 2. §. Lenocinii. l. 11. in pr. & §. ult. & l. 29. in pr. & §. plectitur.* cum *ſeqq. D. h. t.* Denique de STUPRO fuit etiam caput in L. Julia; Eſt autem nihil hoc aliud, quam corruptio virginis viduæque honeſtæ, cujus pœnam, ſi honeſti ſunt ſtupratores, ** irrogat publicationem partis dimidiæ bonorum; ſi humiles, corporis coërcitionem cum relegatione. Quid eſt igitur, quod in *l. 1. §. 2. de Extraordin. crim.* ſtuprum puero puellæve oblatum, perfecto flagitio capite, imperfecto deportatione puniri dicitur? Videtur, ſi quis extra ordinem ſtupri accuſetur, & exquiſitæ improbitatis ſint circumſtantiæ, vel artificium conciliandi ſtupra exercuerit, poſſe aliquando capitalem infligi pœnam. Jure divino ſtuprator Virginem corruptam dotare & ducere debet, *Exod. 22. v. 16. & 17. Deut. 22. v. 28. & ſequ.* Jure Canonico illa copulatio reſoluta eſt in alternativam, ***aut ducat*, *aut dotet***, quod moribus receptum eſt. *** Menoch. *2. arbitr. quæſt. caſ. 288.* Sand. *2. deciſ. 1. defin. 10.* Pœna autem juris civilis, quæ cum ſponſo alieno commiſſum, relegatur, vid. *Ord. Eccleſiaſt. tit.* **Von Straffe der Unzucht. §. Würde aber auch.** Carpzov. *Pr. Crim. qu. 56. n. 69. ſeq.* Atque eadem pœna obtinet, licet ſponſus cum ſponſa jam anticipaverit concubitum, & ſponſa ſe poſtea ab alio ſtuprari paſſa ſit, cum verba *Ordinat. Eccleſiaſtica*, **ehe denn der Bräutigam beygelegen.** ad conſummatum legitime matrimonium pertineant. Berger. *Elect. Juriſpr. Crim. p. 133.* Interim ex eadem Ordinatione Eccleſiaſtica obſervati meretur, 1) pœnam fuſtigationis converti in pœnam carceris, quoties ſponſus ſponſam nihilominus ducere cupit, ubi ſtuprator tamen fuſtigatur. *d. §.* **Würde aber auch.** *verb.* **es wolte denn der Bräutigam die Braut.** 2) ſponſum vel ſponſam nova ſponſalia contrahentem, & poſteriora concubitu confirmantem, tantum nummellis exponi & perpetuo relegari, *d. Ordin. Eccl. tit.* **Von Ehe-Sachen.** *rubr.* **Von Ehe-Gelöbniſſen. §. Würde ſich aber.** add. Carpzov. *Pr. Crim. qu. 67. n. 26.* Berger. *l. c. p. 193. ſeq.*

* *Dec. El. 82.* docet, in Saxonia maritum, qui cum alterius uxore adulterium commiſit, quæ jam antea fuit adultera, a pœna capitali non liberari; ſicuti is quoque, qui cum ſoluta, vulgo corpus ſuum proſtituente, concubuit, gladio punitur, *Dec. El. 83.* Philipp. *ad eand. Obſ. 1. n. 20.* Utroque tamen caſu locus eſt interceſſioni conjugum, licet ea regulariter in duplicato adulterio ceſſet, *d. Dec. 81.* ibique Philipp. *Obſ. 3. n. 8.* Interim ſolutus, qui cum uxore paſſim ſe proſtituente adulterium committit, fuſtigatione tantum & perpetua relegatione coërceri ſolet, Carpzov. *Pr. Crim. qu. 57. num. 24. ſeqq.* fœminam autem, in matrimonio meretricio more viventem, ordinario adulterarum ſupplicio affici, dubio caret, Hartm. Piſtor. *Obſ. 32. n. 29.* Berlich. *P. 4. C. 27. n. 89.*

** Ordinatio *Elector. Saxon. Eccl. rubr. gener.* **Von Ehe-Sachen.** *Special.* **von Straffe der Unzucht. §. Würde denn eine ledige.** ſtupratorem & ſtupratam carcere punire jubet, Carpzov. *P. 2. C. 27. def. 9.* quatuordecim plerumque dierum; Berger. *Elect. Juriſpr. Crim. p. 140.* Quoties autem graviores concurrunt circumſtantiæ, ac conditio perſonarum, aut rei qualitas, majores pœnas exigit, ad fuſtigationem etiam perveniri poteſt, *P. 4. C. El. 27.* e. g. ſi tutor pupillam, aut ruſticus nobilem virginem ſtupraverit, Carpz. *ad d. C. def. 7.* aut ſi ſtuprum cum mente capta, *P. 4. C. 26.* ibique Carpzov. *def. 1.* id. *Pr. Crim. qu. 75. n. 33. ſeqq.* aut inebriata puella, Berger *l. c. p. 141.* commiſſum ſit. Contra, quando ſtuprator ſtupratam ducit, mitius in utrumque, e. g. carcere 4. 5. 6. dierum, animadverti ſolet, Berger. *l. c.* Carpzov. *d. l. n. 49.*

*** Hæc alternativa obligatio, apud nos *P. 4. C. El. 27.* confirmata eſt, licet ea non diſſimulet, rectius agere eum, qui ſtupratam a ſe in matrimonium recipiat, *verb.* **und er, wie doch billig geſchicht, dieſelbe nicht zur Ehe nehmen will.** Tenetur autem ei dotem præſtare, pro ſtatus, generis, aut familiæ conditione, *d. C.* ibique Carpzov. *def. 5. in praej.* Atque hæc dos ſtupratæ debetur ſtatim, non demum ſi nupſerit; li-

in

Digitized by Google

in hoc *§. 4.* paſſim moribus obſoleta eſt. Sunt etiam, qui illud, ducat aut dotet, ſuſtulere, modica contenti mulcta pecuniaria, ſi recte mihi relatum. Poſſunt tamen hodieque ſtupratores, pro meritis circumſtantiarum, extra ordinem vel exilio, vel etiam corporaliter puniri, Farinac. *qu. 147. n. 98.* maxime, ſi propter inopiam dotare nequeat, & ducere nolit, *ibid.* ut etiam, ſi quis in infamiam honeſtæ virginis, aut viduæ, de ſtupro perpetrato glorietur. Sand. *lib. 5. tit. 8. defin. 5.* Virginibus autem ſolis favor alternativæ illius indulgetur; viduæ ſuo periculo luxuriantur; nec enim dotem exigere poſſunt, quæ ſemel virum & dotem habuere. A. Fab. *lib. 9. Cod. ſub. tit. 7. defin. 5. n. 4.* Sand. *lib. 2. tit. 1. def. 10.* *

7. (d) Sed de INCESTU quid dicemus, deque ejus pœna? ** Diſtinguendum; ſi inceſtus jure Gentium committatur, ut in linea recta, vel cum ſororibus, tam mas quam fœmina deportatione adficitur, *l. 5. de Quæſt. Nov. 12. c. 1.* quod mirum placuiſſe Juſtiniano, qui adulteros, utique mares, non exemit pœnæ capitali, per *l. 30. C. ad L. Jul. de adult.* irrogatæ; maxime cum inceſtus adulterio ſit gravior, & jure divino morte puniatur, *Levit. 18. & 20. Deuteron. 27.* Inceſtus juris civilis, in linea transverſa, per matrimonium contractus, in fœminis excuſatur, in maribus pœna L. Juliæ de adulteriis plectitur, relegatione ſcilicet, *l. 38. ad L. Jul. de Adulter. l. 57. de Rit. nupt.* quæ, ratione hujus inceſtus, non continetur ſub augmento Legis Conſtantini; ſed erit hodieque relegatio, vel ſaltem extraordinaria pœna non capitalis. At ſi per adulterium, vel ſtuprum, civilis inceſtus ſit commiſſus, pœna gravior, id eſt deportatio, decernitur, *d. l. 38. & l. 5. de Quæſt.* Jure novo, quatenus per adulterium fit, inceſtus haud dubie capite punietur: † etiam forte, ſi per ſtuprum, quia *ſupra* intelleximus, ſtuprum capitali quoque pœnæ obnoxium fieri, ſi graviores adſint circumſtantiæ, *l. 1. §. 2. de extraord. crim.* Quæ autem poteſt atrocior eſſe quam inceſtus? Mulier Juſtiniani conſtitutione, quæ eſt in *N. 134. c. 10.* ob adulterium cæſa virgis, in Monaſterium detruditur, unde cis biennium a viro emollito educi atque reduci poteſt; eo nolente tondetur: *** Idque

cet legata dote conditio ſubintelligatur, ſi nuptiæ fuerint ſecutæ, *l. 41. pr. ff. d. Jur. dot.* Harprecht. *ad §. 4. I. b. num. 94.* Quod ſi ſtuprata ſtupratorem ducere renuat, tunc nec dotem ab eo exigere poteſt, docente Carpzov. *ad d. C. def. 1.* Ziegler. *ad Lancell. l. 4. t. 8. §. 3.* verb. *Si vero pater.* Quam nec deberi puellæ, quæ ſtupro anſam dedit, juvenemque ſeduxit, aſſerit & præjudicio confirmat Stryck. *ad Brun. Jus Eccleſ. l. 2. c. 18. §. 26.*

* Apud nos tamen nullum dubium eſt, quin & viduam honeſtam ſtuprator aut ducere teneatur, aut dotare, *d. C. 27. p. 4. verb.* oder unberüchtigte Witibe. ibique Carpzov. *def. 4.*

** Jure Saxonico Electorali, Inceſtus punitur (1) gladio, inter aſcendentes & deſcendentes in conſangvinitate, eademque pœna in utroque ſexu, & in parentibus æque ac liberis obtinet, *P. 4. C. El. 22.* ibique Carpzov. *def. 1* id. *Pr. Crim. qu. 72. n. 15.* etiamſi liberi ſint naturales, aut ex ſtupro ſuſcepti, Id. *l. c. def. 2. & Pr. Cr. l. c. n. 34.* (2) fuſtigatione, quoties inceſtus inter aſcendentes & deſcendentes in affinitate, e. g. privignum & novercam, *P. 4. Conſt. El. 24.* fratres & ſorores, & reliquas perſonas, quarum conjunctio *Levitic. c. 18.* prohibita eſt, committitur, *P. 4. C. 22.* §. Aber die andern Perſonen. Eademque pœna obtinet, quando ob teneram ætatem, aut decrepitam ſenectutem, ſimilesve circumſtantias, liberi aut parentes capitali ſupplicio ſubducuntur, *d. C. 22.* §. Da aber wegen der Jugend. Carpzov. *Pr. Crim. qu. 72. n. 47. & ad d. C. def. 3.* Denique (3) relegatione aut mitius coërcetur inceſtus, contra Jus humanum Conſtitutionesque Saxonicas commiſſus, conf. Carpzov. *def. 9. ad d. C. 22.* Berger. *Elect. Jurispr. Crim. p. 143.*

† Adde *P. 4. C. 23.* ibique Carpzov. qui docet, hoc caſu pœnam adulterii non mitigari per interceſſionem conjugis, ſi inceſtus ſit commiſſus cum aſcendentibus vel deſcendentibus, bene tamen ſi cum perſona conſangvinea in linea collaterali, *def. 1. & 2.* atque ita *pron. Fac. Jur. Lipſ. Menſ. Dec. A. 1699.* Diſſ. Coler. *dec. 274. n. 19. P. 4. C. El. 19.* uxorem æque ac maritum ob adulterium capite puniri jubet, non tantum in adulterio duplicato, ſed etiam in ſimplici, Carpzov. *ad d. C. d. 7. 8.* fœmina tamen ſoluta cum marito concumbens, mitius quam maſculus, cum uxore adulterium committens, coërcetur, cum in hunc gladii pœna, in illam fuſtigatio conſtituta ſit, *d. C. 19.* ibique Carpz. *d. 6. ſeq.* In Saxonia autem Communi uxor adultera tantum fuſtigatur & relegatur, Id. *d. l. def. 1.*

*** *P. 4. C. El. 19.* uxorem æque ac maritum ob adulterium capite puniri jubet, non tantum in adulterio dupli

(d) *Poſ. 20.*

in civili inceſtu ſine dubio ſervandum. Ad eum, qui jure Gentium committitur, ſine flagitio id extendi poſſe, non videtur. Nihil tamen reperio, quod jure Juſtinianeo ſupra deportationem, *d. N. 12. c. 1.* inceſtu ſine adulterio commiſſo infligatur; licet D. A. Matthæus *comm. de crimin. cap. de Inceſtu n. 5.* pœnam capitis ex mente Juſtiniani adſeverat, ſine textu tamen; licet ratio valida eſt, quæ hoc urgeat; denique juris divini exemplum ſatis monſtrat, quid hodie nobis ſit obſervandum.

8. (e) Tertium crimen publicum, eſt HOMICIDIUM, quod punitur Lege Cornelia de Sicariis, (a Cornelio Sylla, coërcendis graſſatoribus & homicidis, qui ex licentia bellorum civilium & proſcriptionum, quas ipſemet exercuerat, erant frequentiſſimi, lata, *l. 2. §. 32. de O. J.*) per deportationem, *l. 3. §. pen. & l. pen. ad L. Corn. de Sicar.* poſtea capitale ſupplicium, *§. 5. h. tit.* ubi Tribonianus more ſuo Legi Corn. tribuit, quod eſt juris recentioris. Tenentur autem hac lege, non tantum, qui perfecerunt, ſed & qui conati ſunt homicidium committere, imo qui cum telo hominis occidendi cauſa ambulaverunt, aut venenum miſcuerunt, *l. 1. pr. §. 1. & 3. C. ad L. Cornel. de Sicar.* quod tamen moribus hodiernis non perinde obſervatur. * Gail. *1. de pac. publ. 14. n. 16. & ſequ.* Mynſing. *3. obſ. 9.* Sand. 5. *Deciſ. 9. defin. 11.* Cornelius etiam idcirco eos, qui cum telo hominis occidendi cauſa ambulaverunt, ordinariæ pœnæ ſubjecit; quod tum temporis innumeri ſicis armati diſcurrebant, id unice agentes, ut civibus inſidiarentur: tales enim deſignantur his verbis *d. l. 1. in pr. qui hominis occidendi cauſa cum telo ambulaverit;* nec abs re fuerit, hodie quoque eos, qui in hoc ſe armant ac in publicum prodeunt, ut homines jugulent, ſupremo ſupplicio adficere, quemadmodum & eos, qui ad ipſum facinus progreſſi ſunt, hominemque jam, deliberato occidendi animo, vulneraverunt, non immerito pœnam ordinariam ferent, *d. l. 1. §. 3.* dolus enim pro facto accipitur, *l. 7. eod. tit.* Lata vero culpa pro dolo hic non accipitur, *d. l. 7. & l. 23. §. excipitur. de Ædil. Ed.* quanquam aliquando lata culpa pœnæ extraordinariæ locum facere poteſt, *l. 3. §. 1. de off. Præf. Vig. l. 11. de incend. ruin. naufr.* Quid ſi homicidium committatur abſque propoſito interficiendi? fieri poteſt, ut non teneatur; ut tamen non præſumatur ejusmodi conſilium abeſſe, cum quis in tali actu verſatus eſt, ex quo facile cædes conſequi poteſt; veluti, quando quis inſtrumento ad occidendum apto, & uſurpari ſolito, facinus patravit; ſecus, ſi clavi vel pugno, hominem fortuita iracundia percuſſerit, qua de re eſt locus notabilis in *d. l. 1. §. 3.* ſed hæc aliaque ſimilia latius ad Pandectas ſunt proſequenda. Imperator in *fin. §. 5. h. t.* de venenariis idem, quod de ſicariis ſtatuit: ſunt venefici, inquam, qui hominem veneno vel occiderunt, vel hominis necandi cauſa medicamentum malum fecerunt, habuerunt, vendiderunt, *l. 3. §. 1. 2. & ſeqq. d. t. ad L. Cornel. de Sicar. l. 28. §. 9. de Pœn.* Quod autem moribus hodiernis non habetur crudele, parantes propinantesque venena, ** licet morte non ſecuta, capite punire, hoc probat, idem nec de ſicariis ab ratione videri poſſe alienum. Veneficis junguntur, qui ſuſurris magicis homines occiderint, quo referuntur mathematici, haruſpices, harioli, augures, ſortilegi, qui artes illas ad hominum internecionem exercent, *l. 2. 3. 4. 5. 8. C. de Mathemat. & maleſ.* Et quidem non gladio tantum, ſed etiam igne & peſte ferali abſumi poterant, *l. 3. 5. 6. eod.* eorumque libri flammis exuruntur. In Germa-

cato, ſed etiam in ſimplici, Carpzov. *ad d. C. d. 7. 8.* fœmina tamen ſoluta cum marito concumbens mitius, quam maſculus, cum uxore adulterium committens, coërcetur, cum in hunc gladii pœna, in illam fuſtigatio conſtituta ſit, *d. C. 19.* ibique Carpzov. *d. 6. ſeq.* In Saxonia autem Communi uxor adultera tantum fuſtigatur & relegatur. Id. *d. l. def. 1.*

* Nec noſtro Jure. Hoc enim attentatum homicidium mitius punit, *P. 4. C. El. 7.* Carpz. *Pr. Cr. qu. 2. n. 46.* add. *O. Crim. art. 178.*

** Apud nos, conſummato demum ſcelere, ordinaria pœna locum obtinet, teſte Carpz. *P. 4. C. El 18. d. 6.* & puniuntur, qui veneno aliquem interfecerunt, rota, ſine ſexus diſcrimine, licet *O. Crim.* fœminas ſuffocare jubeat, *art. 130* Carpz. *Pr. Crim. qu. 20 n. 14. ſeqq. & ad d. C. def. 4.* conf. *In. Diſſertat. Inaug.* Thom. Wagneri *de Veneficii attentati, in caſu ubi mors non ipſa ſecuta, pœna capitali, Erford. hab.* ii vero, qui paſcua veneno inficiunt, ſi damnum inde oriatur, igne *P. 4. C. El. 18.* qui bruta veneno occidunt, gladio plectuntur, Carpzov. *l. c. def. 3.*

(e) *Poſ. 21. 22. 23.*

nia

nla magi cum Dæmone pactionis & maleficiorum rei, fere vivi comburuntur, *ex Conſtit. crimin. Car. V. art. 44. 50.* * D. Voet. *h.* Prorſus non modo cunctarum fere Gentium Leges, etiam vetuſtæ XII. Tabularum, ſed etiam Lex divina, Magos commemorat, eosque ultimo ſupplicio addicit, *Exod. 22. verſ. 18. Levit. 20. verſ. ult. Deuteron. 18. v. 10. & 11.* Quæ res non patitur, ut iis, qui omnia de Magis narrari ſolita, ut fabuloſa, ſpernunt ac irrident, adſentiamur; etſi fatemur, ludibriis & impoſturis Magorum hiſtorias adeo eſſe refertas, ut quod credas, vix invenire liceat.

9. (f) Sequitur Lex Pompeja de PARRICIDIIS, crimine, ut ait textus, aſperrimo, nefas ultimum appellat Seneca *1. de clem. 23.* Parricidium eſt cædes parentis ejusve, qui in recta linea ſanguinis a nobis diſtat, ** excepto patre, qui filiumſuum occidens tantum homicida eſſe intelligitur, *l. 1. D. ad L. Pomp. de Parricid. & h. §. 6.* † Eſt hoc veſtigium, ut videtur, patriæ poteſtatis, quæ olim jus vitæ ac necis in liberos, ut alias dictum, tribuebat. Pœna exquiſitior in hoc delicto, quam in alio ullo reperta eſt. Inſuitur enim culeo cum cane, gallo gallinaceo, vipera & ſimia, poſtquam virgis ſanguineis, id eſt, ſanguinem, ut videtur, excutientibus, eſt cæſus, *l. pen. D. tit. ad L. Pompej. de Parricid.* ac ita in mare vel flumen proximum demergitur. Apparet, ad terrorem hoc genus ſingulare ſupplicii excogitatum eſſe, ut homines abſterrerentur ab ejusmodi ſcelere, de quo Solon rogatus, cur pœnam ei nullam conſtituiſſet, reſpondit, *διὰ τὸ ἀπελπίσαι, quod deſperaret*, aliquem fore tam immanem; ut Diog. Laert. *in vita ejus.* Antiquitus parricidæ culeo ſimpliciter inſuti mergebantur, ut ex Cicerone *pro Roſcio* diſcimus, idque primo ſupplicium Malleolo cuidam irrogatum, ſcribit Livius *lib. 68.* Significare autem hac pœna voluere veteres, parricidam, ut Juſtinianus *hic* philoſophatur, omnium uſu elementorum carere jam vivum incipere debere. Sub primis Imperatoribus addita videntur animalia duo, vipera & ſimia; nam, harum vetuſtiores non meminerunt ante Senecam *1. de clem. c. 15.* & Juvenalem *Sat. 8.* qui de Nerone locutus addit;

Cujus ſupplicio non debuit una parari
Simia, nec ſerpens unus, nec culeus unus.

Poſtea adhuc alia duo adjecta ſunt animalia, canis & gallus gallinaceus, quorum mentio prima, quod conſtet, occurrit *in l. 1. C. de his, qui parent.* Rationem, cur hæc animalia placuerit adjungi parricidis, reddit Theophil. ad *hunc* §. his verbis, *τὰ δὲ εἰρημένα θηρία ἐμβάλλεται διὰ τοῦτο, ἐπειδὴ ὁμοιότροπα αὐτῷ ἐστιν, τὰ μὲν γὰρ ἀναιρεῖ τοὺς γονεῖς, τὰ δὲ τῆς πρὸς αὐτοὺς οὐκ ἀπέχεται μάχης.* Sunt enim ſimilia hominibus, ait, ut ſimiæ; quædam parentes ſuos interficiunt, ut viperæ; cætera non abſtinent pugna contra ſe invicem. Mirum autem, cur Juſtinianus culei pœnam vocet *novam*; cum adeo ſit vetus, & more majorum introducta dicatur in *l. 9. ad L. Pompej.* Sic volunt locutum Cæſarem, quod obſoleta pœna modo in uſum revocata

* *P. 4. C. El. 2.* eum, qui cum diabolo paciſcitur, aut aliquid commercii habet, ſi vel maxime nemini nocuerit, vivum vult comburi. Qui vero citra fœdus expreſſum cum ſatana, artibus Magicis aliis damnum dederunt, iis gladii pœnam dictat, §. Da aber auſſ rbalb. quam pœnam iis quoque conſtituit, qui, arte diabolica, conſulentibus reſponſa dare conantur, & per criſtallum aliove modo, diabolum de rebus præteritis aut futuris conſulunt, *d. C.* §. Desgleichen.

** Apud nos parricidii proprii quod in aſcendentes, deſcendentes & conjuges committitur, pœna eſt culeus, *P. 4. C. El. 3* Loco tamen culei ſaccus linteus, & pro ſimia plerumque felis adhiberi, ac ſerpens pictus, ſi vivus haberi nequeat, ſolet ſubſtitui, ſingulaque animalia ſeparatim ſacculis includuntur, *d.* . Carpzov. *Pr. Cr. qu. 8. n. 21. ſeq.* virgarum vero cæſio plane omittitur, ac, ſi flumen nullum ſit proximum, culeus in rotæ ſupplicium commutatur, *d. C.* Quando autem delictum hoc ſæpius perpetratum eſt, pœna exaſperatur, ac reus candenti ferro aduritur, So viel Zangen-Riſſe als Kinder ſie umgebracht. *d. C. 3.* ibique Carpzov. *d. 7.*

† Is vero apud nos, æque ac mater, culei ſupplicium ſuſtinebit, nec prætextu patriæ poteſtatis, pœnæ Legis Pompejæ erit eximendus, *P. 4. C. El. 3. verb.* Eltern ihre Kinder. - Quæ verba tam late patent, ut, ratione pœnæ, nullum inter liberos in poteſtate conſtitutos & emancipatos, legitimos & naturales, ſpurios etiam, imo inceſtuoſus ac adulterinos, ſtatuatur diſcrimen; Berger *in E ect. Juriſpr. Crim. p. 169.* Matrem tamen, quæ prolem ex ſtupro violento ſuſceptam interfecerat, ordinaria tantum homicidii pœna, gladii puta, coercitam fuiſſe, oſtendit Carpzov. *P. 4. C. 3. def. 18.*

(f) *Poſ. 24. 25.*

cata eſſet, D. Wiſſenb. *ad h. tit. n. 41.* Tu dic, genus hoc pœnæ dici novum, quia rarum, ſingulare & inexpectatum eſt; ut fere etiam Giphan. *ad h. §. 6.* explicat. Eſt difficultas, quod in *l. 1. ad L. Pompej.* parricidii dicitur eadem pœna eſſe, quæ Legis Corneliæ de Sicariis, quam modo deportationem fuiſſe intelleximus. Dicendum, varia Legis Corneliæ fuiſſe capita, *l. 3. ad L. Cornel. de Sicar.* unumque de parricidio, cui ſua vetusque pœna fuerit; eamque repetitam fuiſſe Lege ſpeciali Pompeja. Cæterum, involvit hæc pœna culei ſolos parricidas ita proprie dictos, qui parentes interfecere. Nam qui alias, cognatione vel affinitate junctas, perſonas necaverit, ordinariam Legis Corneliæ pœnam ſuſtinet, *d. §. 6. in fin.* capitis inquam ſupplicium, nec ultra, *l. pen. §. 1. d. tit. ad L. Pompej.* * Scilicet parricidii nomen varios latitudinis gradus habet. Nam I. cuncta graviora crimina ſignificat, Cic. *lib. 2. de LL.* unde Quæſtores parricidii, *l. 2. §. 23. de O. J.* II. De quolibet homicidio accipitur, teſte Feſto in voce *Parricid.* III. De cæde propinquiorum aut venerabilium perſonarum, *d. l. 1. ad L. Pompej.* quo Ciceronis illud pertinet *in Verrem; Facinus eſt, civem Rom. vincire, ſcelus verberare, parricidium occidere &c.* IV. ſumitur pro cæde parentis, ut hoc loco. Poſtremo notandum, quod in *d. §. 6.* Juſtinianus ait, etiam conſcios parricidii ordinaria pœna adfici, haud de iis intelligendum, qui cognitas quoquo modo inſidias reticuere, ſed quorum conſcientia ſceleris conſilio fuit illigata, *l. 2. d. t. ad L. Pompej.* nec aliter capienda, *l. 6. eod. tit.* Perez. *ad tit. C. de his, qui parent. vel lib. occid. n. 7.* Pœnam vide in hoc textu, juncta *l. pen. d. t.* ubi & hoc nota *in fin.* cædem aliorum cognatorum L. Cornelia ſimpliciter puniri.

10. (g) III. Falſum, eſt imitatio vel ſuppreſſio veri, in fraudem alterius facta; ſi nec *imitatio* nec ſuppreſſio veri fiat, non eſt falſum, ut ſi quis in ratione, vel in calculo mentiatur, *l. 23. ad l. Corn. Falſ.* Pœna Falſi aliquando capitalis, ſed plerumque deportatio, aut lenior eſt, *§. 7. in fin. h. l. §. 1. ult. d. tit.* capitalis eſt in ſervis, *d. §. 7.* item ob falſum teſtimonium in necem Rei capitalis, *l. 1. ad l. Cornel. de Sic. Deut. 19. v. 16.* in ſubjecto partu, *l. 1. C. de Falſ.* cujus accuſatio datur parentibus, aut eis, ad quos res pertinet, ſolis, *l. 30. §. 1. ff. de Falſ.* adde *l. 27. §. ult. D. eod.* ubi de ficta dignitate vel militia, *l. 1. C. de Immun. nem. conced.* ubi de tabulariis civitatum. Qui monetam falſam cudunt, aut probam corrumpunt, olim liberi ad beſtias, ſervi in crucem agebantur, *l. 8. de Falſ.* hodie cuſores cum miniſtris ſuis comburuntur, *l. 2. C. de falſ. mon.* impuberes ſoli, *l. 1. eod.* & quos pœnituit ante facinus conſummatum, excuſantur, *l. 19. ad L. Cornel. falſ.* Lenius deportatione puniuntur, qui falſum recitarunt, exilio temporario, vel ordinis ademptione, *l. 13. §. 1.* eodem fere modo, qui judicem corrumpunt, duobusve rem unam in ſolidum vendunt, *l. 21.* qui pondera menſurasve falſarunt, *l. 32. §. 1. d. t. de Falſ.* ubi & pœna dupli. Reliquæ falſi ſpecies ordinaria deportationis pœna plectuntur, niſi quod pœna pro cujusque facti circumſtantiis variat, *l. 32. in pr. eod.* Species diverſæ toto *tit. D. & C.* diffuſæ ſunt, quas inde petas licet.

11. (h) Vis, tam publica, quam privata, punitur L. Julia. Publica fit maxime armis, ſed tamen & aliis modis atrocioribus, de quibus vid. *l. 1. & ſeqq. ad L. Jul. de vi Publ.* Privatam dicimus, quæ fit ſine armis, & minus atrociter: Pœna vis publicæ eſt deportatio, *§. 8. h. l. 10. §. ſ. ad L. Jul. de vi publ.* Privatæ, publicatio tertiæ partis bonor. *d. §. 8. l. 1. & l. ult. ad L. Jul. de vi priv.* Sed ſpecialis eſt ſanctio contra vim, (i) quæ fit per raptum virginis viduæve honeſtæ, cujus pœna capitalis eſt, non modo ſi invita, ſed & ſi conſentiens rapta ſit; malis ſcilicet artibus, ut videtur, ad conſenſum adducta, idque etiam in ſponſa propria locum habet; æque adverſus adjutores, quam ipſos raptus auctores, *l. unic.*

* Noſtro Jure accedit raptatio ad locum ſupplicii, die Schleiffung zur Feymſtatt, quoties parricidium improprie ſic dictum, ſive homicidium in fratres, ſorores, patruos, fratris liberos; item in affinitate in vitricum, novercam, ac generaliter in eos, qui lege divina matrimonio jungi prohibentur, commiſſum eſt, *d. C. 1. §.* Wann aber an Brüdern. *verb.* unter welchen vermöge Göttlicher Schrifft wegen der Blut-Freundſchafft oder Schwägerſchafft keine Ehe kan vollzogen werden. add. Carpz. *ad d. C. def. 8. ſeqq.* Quoties autem in conſangvineos aut affines, jure divino jungi non prohibitos, e. g. in conſobrinos, item in ſponſam ſponſamve, hoc crimen committitur, ſine exaſperatione ſupplicii, pœna Legis Corneliæ obtinet; Carpz. *Pr. Crim. qu. 13. n. 39. ſeqq.*

(g) *Poſ. 30. 31. 32. 33. 34. 35.* (h) *Poſ. 39. & ſqq.* (i) *Poſ. 26.*

C. de

C. de raptu virginum. Moribus, ille tantum hac pœna tenetur, qui invitam rapuit, vel ſtupravit, ſecundum jus Canon. *c. pen. & ult. X. de Rapt.* Quod autem mireris, etiam ſponſæ raptor dicta conſtitutione ſummo ſupplicio adficitur, qua de re vid. Perez. *ad tit. C. de rapt. virg.* Denique ſtuprum ſine raptu, licet violentum, in illa conſtitutione non punitur, licet ratio minime deſit, etſi aliter D. A. Matth. *tract. de crimin. pag. 499. prim. edit.* D. Wiſſenb. *ad h. tit. th. 53.* Forte nec minor ratio eſt in Stat. Friſio, *lib. 2. tit. 12.* quod non aliter raptum capite vult puniri, quam ſi mulier abducta ſit & corrupta violenter. Jus Canonicum mitius hac parte eſt; Nam qui rapuere tantum, capite non puniuntur, imo & nuptiis rapti amores conglutinari poſſunt, *cap. fin. X. de raptor.* ſed violentum ſtuprum eo jure gravius cenſetur, *c. de raptoribus. 36. qu. 1. c. raptus 36. q. 4.*

12. (k) Sequitur peculatus, in *§. 9.* quod eſt furtum rei publicæ, vel ſacræ, *l. 9. §. ult. ad L. Jul. pecul.* ſed cum in re ſacra, ſpecialiter ſacrilegium committatur, peculatus de furto publico intelligi ſolet; Ejusque pœna exponitur in *§. 9. h. t.* ut ipſi Magiſtratus eorumque miniſtri, qui publicas pecunias ſubtraxerunt, capitali animadverſione puniantur, *l. un. C. de crim. pecul.* Alii vero, qui in hanc pœnam non incidunt, pœnæ deportationis ſubjiciuntur, *d. §. 9. in fin.* At ſacrilegium punitur atrociori ſupplicio capitali, cruce, vivicomburio, aut ſimili, *l. 6. pr. D. ad L. Jul. pecul.* *

13. (l) Plagium ita dictum, quia fit πλαγίως, id eſt, oblique & fraudulenter; eſt ſuppreſſio hominis liberi, vel ſervi alieni, cujus pœna *in §. 10.* aliquando ultimum ſupplicium, aliquando levior, pro meritis circumſtantiarum, *l. ult. ad L. Fab. de plagiar.*

14. (m) Sequuntur Crimina ambitus, repetundarum, Annonæ, & Reſiduorum, quæ legibus Juliis puniuntur. Ambitus crimen committitur ab his, qui corruptis ſuffragiis petunt honores. Pœna eſt centum aureorum, cum infamia, *l. un. §. 1. de L. Julia ambitus.* In urbe, (pene dixeram in orbe,) ceſſat hodie, quoniam collatio honorum & munerum publicorum, eſt penes principem, qui non metuit Legem Juliam, ut eſt in *l. 1. ad L. Jul. ambit.*

(n) Repetundarum tenetur, qui in publica functione conſtitutus, præter fas pecuniam accepit, quo magis vel quo minus faceret officium ſuum, *l. 1. 3. & 4. ad L. Juliam Repetund.* Committitur hoc etiam a proceribus, qui honores publicos, quorum ipſis collatio competit, vendunt, etenim ambitus crimen a petentibus perpetratur. In hanc ſpeciem Edicto Ordd. Friſiæ *d. 11. Martii 1647.* conſtituta eſt pœna infamiæ ipſo jure committendæ; an ſalva pœna Juris civilis, quæ eſt extraordinaria pro meritis circumſtantiarum, aliquando etiam capitalis, *l. 7. §. 3. ad L. Jul. repet. l. 1. & l. f. C. eod.?* Non videtur. Sanctio enim municipalis alioqui pœnas juris aufert & ſubducit.

15. *Crimen annonæ* committitur ab eo, qui malis artibus effecerit, ut annona fieret carior, eſtque pœna 20 *aureorum, l. 2. in pr. & fine de Leg. Jul. Annon.* item gravior Extraordinaria, *l. 6. D. de Extraord. criminibus.* Hodie graviores & quandoque capitales pœnæ, in Dardanarios & annonæ flagellatores conſtitutæ ſunt; vid. Clarum *§. fin. qu. 82. pr. 33.* Sed & hæc pœna non immerito diſplicet Interpretibus & municipalium Legum conditoribus; nec dubium, quin & reliquatores extra ordinem gravius ſint puniendi, Berlich. *5. concluſ. 57.* A. Matth. *de crimin. l. 48. tit. 10.*

Reſiduorum alioqui tenetur, qui pecuniam publicam in uſum aliquem delegatam retinuit, neque in eum conſumpſit, *l. 2. ad L. Jul. peculat.* Pœna eſt, ut tertia parte plus ſolvat, quam debet, *l. 4. §. 5. eod. tit.* ** Reliqua in Pandectis

* In Saxonia per uſualem interpretationem LR. *l. 2. art. 13.* in ſacrilegos rotæ ſupplicium ſtatuitur, quoties res ſacra ablata eſt ex loco ſacro, Carpzov. *Pr. Crim. qu. 89. n. 18.* niſi concurrant circumſtantiæ, ob quas ſatis gravem hanc pœnam mitigare liceat, id. *l. c. n. 61.* e. gr. ſi ſacrilegus, ante inſtitutam inquiſitionem pœnitentia ductus, rem ſacerdoti reſtituat, quo caſu fuſtigationem cum perpetua relegatione dictatam, refert Berger. *El. Jurispr. Crim. p. 182. ſeq.* Quando vero res ſacra ex loco profano, vel res profana ex loco ſacro aufertur, ordinaria furti pœna locum habet, teſte Carpzov. *l. c. n. 71. ſeq.*

** Jure Communi Saxonico hujusmodi adminiſtrator arbitrarie, ſed mitius ſemper quam ſuſpendio, punitur, cum proprie pro fure non habeatur, qui rem alii poſſeſſori non abſtulit, vid. LR. *l. 2. art. 29.* Carpzov.

(k) *Poſ. 28.* (l) *Poſ. 27.* (m) *Poſ. 44.* (n) *Poſ. 36. 37.*

expe-

expectanda. Hæc ſummo digito & quaſi per indicem, *ὡς δυνατὸν δεξασθαι νεον*, ſicut Theophilus ait, ut adoleſcentum captui congruat.

P. 4. C. El. 41. def. 1. vid. *ſupr. n. 91.* Sed in Electorali Saxonia gravius in reos hujus criminis animadvertitur; ſiquidem *P. 4. C. El. 41.* Von vertrautem Gute. officiales, qua appellatione comprehendit die Schöſſer, Verwalter Vögte, Geleitsmänner, Baumeiſter, Bauſchreiber, Zöllner, Förſter, ſimilesve adminiſtratores, ſi pecuniam doloſe in proprios uſus converterint, carcere & perpetua relegatione, quando reſiduum 50. florenis Miſnenſibus minus eſt, ſi 50. florenos excedat, fuſtigatione, imo laqueo, ſi centum florenos contineat aut excedat, vult coërceri. Quam conſtitutionem explicavit, ſimulque pœnam Adminiſtratorum, pecunias ſibi creditas ſubtrahentium, auxit Potentiſſimus Rex noſter, in der verneuerten auch erläuterten und geſchärfften *Conſtitution* vom anvertrautem Gute *d. An. 1705. d. 26. Septembr.* Hæc enim (1) pœnam relegationis, quæ, ſi reſiduum excedat 30. florenos, perpetua, ſi 20. ad 10. annos, ſi 10 florenis majus ſit, ad quinquennium decerni debet, vetat mutare in pœnam pecuniariam, *verb.* ohne unſere ausdrückliche Einwilligung. (2) pœnam laquei jubet locum habere, licet Adminiſtrator ſummam ablatam poſſit reſtituere, quo caſu pœnam quandoque mitigatam fuiſſe antea, patet ex Carpzov. *add. C. 41. def. 6. & Pr. Cr. qu. 85. n. 53.* (3 licet in delinquentem pœna laquei aut fuſtigationis ſtatuta ſit, damni tamen reſtitutionem ex ejus bonis fieri imperat, cum alias in Sax. per pœnam corporis afflictivam aut capitalem, condictio quoque furtiva extingvatur, (4) reſtitutionem dupli in caſu, quo reſiduum 50. flor. minus eſt, amplius a pœna ordinaria liberare non patitur, ac hac ex parte D. Auguſti & Chriſtiani I. conſtitutionibus derogat, ac denique (5) ad adminiſtratores privatos, juratos inprimis, hanc pœnam quodammodo extendit.

Τὸ τέρμ' ἰδὼν χάριν Θεῷ δίδου.

DISSERTATIO THOMASIANA,

De furto ancillæ meretricis & non meretricis,

in qua non ſolum l. 39. & 82. §. 2. de furtis explicantur, ſed & aliæ quæſtiones affines diligenter reſolvuntur.

SUMMARIA.

I. *Ratio differentiæ inter ancillam meretricem & non meretricem ſubreptam, non latet in præſumto conſenſu ancillæ meretricis.* II. *Nec etiam in deſtinatione Domini.* III. *Non ineptum eſſe conſilium corrigentium textum Paulinum.* IV. *Sed non eſt ad mentem Pauli.* V. *Ulpianum & Paulum diſſenſiſſe, oſtendit ex pari phraſi legis Ulpianeæ, tum de furto ancillæ;* VI. *Tum de effringente fores meretricis;* VII. *Tum de ſupprimente ſcortum; an lege Fabia teneatur.* VIII. *Plagii & furti differentia.* IX. *Nova difficultas orta ex l. penult. pr. ad L. Fab.* X. *Torturæ Doctorum in explicando caſu, ubi furtum ſervi non ſimul ſit plagium, & primo Gloſſæ.* XI. *Deinde Struvii.* XII. *Tum Antonii Matthæi.* XIII. *Conjecturæ noſtræ; origo Legis Fabiæ.* XIV. *Examinatæ differentiæ Gloſſæ inter furtum & plagium ſervi.* XV. *Item Antonii Matthæi.* XVI. *Ex quibus ultima approbatur, ſcilicet, eum, qui conſilium dat ad ſervum furto auferendum, teneri actione furti, non vero haberi pro Plagiario.* XVII. *Perſpicua periphraſis L. penult. ad L. Fab.* XVIII. *Explicatur jam reſponſum Ulpiani de ſupprimente ſcortum.* XIX. *Obſcuritas verborum ultimorum in illo reſponſo.* XX. *Quam non tollit explicatio Gloſſæ, Taboris, Tholoſani.* XXI. *In expoſitione Legis Paulianæ, fragmenta ſententiarum Pauli præferenda eſſe lectioni Tribonianæ.* XXII. *Oſtenditur, Paulum contradicere Ulpiano.* XXIII. *Hujus contradictionis una explicatio de ſenſu Pauli univerſali.* XXIV. *Reſponſio pro Ulpiani ſententia contra hanc doctrinam Pauli.* XXV. *Altera explicatio de ſenſu Pauli particulari, quæ approbatur.* XXVI. *Auſus imprudentis Triboniani.* XXVII. *Reſpondetur Tabori Tribonianum defendenti.* XXVIII. *Illuſtrantur hactenus dicta aliis textibus.*

I. Dicit

Digitized by Google

I.

DIcit Ulpianus *l.39.* de furtis, eum, qui ancillam meretricem libidinis cauſa rapuit, vel celavit, furti non teneri: Paulus vero *l. 82. §. 2. eod.* diſertis verbis aſſerit; eum, qui ancillam non meretricem libidinis cauſa ſubripuerit, furti actione teneri. Ut adeo ſi verba hæc adſpicias, & diſtinctos caſus inter ancillam meretricem & non meretricem diſtinguentes, nullus ſit diſſenſus. Sed manet interim dubium, quænam ſit ratio differentiæ inter ancillam meretricem, & non meretricem. Sane utraque eſt res aliena, utraque rapta eſt libidinis cauſa. Si ergo is, qui ancillam meretricem rapit libidinis cauſa, ideo actione furti non convenitur, quia non lucri faciendi, ſed libidinis cauſa rapuit, *l.39. de furt.* ſane nec iſte, qui ancillam non meretricem libidinis cauſa rapit. Si dicas, eam eſſe differentiam, quod ancilla meretrix conſenſiſſe præſumatur ad ſui raptum, quæ præſumptio ceſſet in ancilla non meretrice, urgebo, voluntatem aut noluntatem rerum ablatarum, in criminibus differentiam non facere. Servus fugitivus ſui ipſius furtum commiſiſſe dicitur, etiamſi iſtud furtum ab inſtinctu proprio proveniat; Raptor eſt, qui virginem conſentientem rapit.

II.

Sin ita reſpondeas, ancillas conſiderari ſub qualitate, quam a deſtinatione domini habent, & ob id, qui deſtinatam quæſtui meretricio ancillam aufert, non cenſeri facere furtum, ſed contra facere dici, qui aufert non deſtinatam huic quæſtui: Et licet enim ipſe libidinem ſcopum habeat, tamen quia dominus deſtinatam alii fini habuit, & ita damnum directo infertur domino, ac perinde habetur, ac ſi animum lucri faciendi habuiſſet, inſpecta deſtinatione domini, cui lucrum ablatum & interverſum fuit, (quæ eſt reſponſio Bachovii ad *Weſenb. h. t. n. 6. lit. f.*) inſtabo: & illum, qui ancillam meretricem aufert, æque directo damnum inferre domino, qui interea, dum hæc ancilla meretrix a raptore celatur, ſi etiam rapta non fuiſſet, forte non contemnendum quæſtum facere poterat. Deinde ratio *l.39.* communiter & vere non ponitur in deſtinatione ancillæ, ſed in eo, quod libidinis cauſa rapitur. Denique nec deſtinatio rei ad certum uſum, ullum momentum in materia furti affert. Quis enim negabit, furtum equi a domino ad equitationem deſtinati, æque committi ab eo, qui eum equitationis gratia, ac ab eo, qui v. g. utendi in carpento cauſa aufert? aut quis renuet, æque furem eſſe, qui aufert pecuniam ad rerum commercia deſtinatam, Ausgebe-Geld, ac iſtum, qui aufert pecuniam ad caſus neceſſitatis reſervatam, Schatz Geld?

III.

Forte igitur recurres ad *L. non omnium. ff. de legibus*, & dices, diſtinctionem hanc inter ancillam meretricem & non meretricem, ſequendam eſſe, quamvis duram, quia ita leges ſcriptæ ſunt. Sed ingenuo Jurisprudentiæ Cultori omnia prius effugia tentanda ſunt, antequam ad iſtud ignorantiæ aſylum confugiat. Quapropter quamvis alias a correctionibus textuum abhorream, placet tamen hoc loco non ſine cauſa, altera Bachovii *d. l.* reſponſio, transpoſita negatione in *d. l. 82.* legendum eſſe: *ancillam meretricem non libidinis cauſa.* quam etiam ſequitur Eckolt. *ad d. tit. de furt. §. 2.* & ita nulla erit pugna inter *l.39. & 82. §. 2. h. t.*

IV.

An autem hæc reſponſio ſit ad mentem Pauli, alia eſt quæſtio. Ego non arbitror. Conjecturæ meæ hanc in rem ſunt ſequentes. Lex *82. de furt.* deſumpta eſt ex *lib. 2. ſententiarum Pauli.* Jam ſi fragmenta ſententiarum Pauli evolvamus, deprehendimus *l. 2. tit. 31. §. 11. (p. m. 53. edit. Cujac. in annexis ad Cod. Theodoſ.)* hæc verba: *Qui meretricem libidinis cauſa rapuit & celavit, eum quoque furti actione teneri placuit.* Quamvis autem alii hæc fragmenta corrigant, & ſecundum ductum *d. l. 82. de furt.* legant: *Qui non meretricem &c.* Quod etiam faciendum monet Gothofred. *in not. ad d. l. 82. §. 2.* Mihi tamen contra videtur, ad mentem Pauli *d. l. 82. §. 2. de furt.* corrigendam ſecundum dictum *§. 11. lib. 2. ſent. tit. 31.* ut ita negatione plane abjecta ſenſus prodeat iſte: *Qui ancillam meretricem libidinis cauſa ſubripuerit, furti actione tenebitur, & ſi ſuppreſſerit, pœna Legis Fabiæ coercebitur.* Non infrequens enim eſt, Paulum ab Ulpiano diſſentire. Conf. Eberlin. *de orig. Juris cap. 52. p. m. 507.* & diſſenſionum harum, ni fallor, jam dum exempla non una habuimus.

V.

Clarius hoc evadet, ſi adſpiciamus verba & rationes Ulpiani *in d. l. 39. de furt.* VERUM EST, inquit, SI MERETRICEM ALIENAM ANCILLAM RAPUERIT QVIS, VEL CELAVERIT, FURTUM NON ESSE. Rationes

nes dubitandi in contrarium ſunt, quia abſtulit rem alienam invito Domino fraudulenter, inde videtur furtum eſſe, *arg. l. 1. §. 3. de furt.* Et ſi quis ſaltem celaverit ancillam alienam meretricem, videtur furtum eſſe; Nam qui celat ſervum fugitivum, fur eſt, *l. 1. pr. de fugitivis.* At Ulpianus, his rationibus dubitandi non obſtantibus, rationes decidendi pro negativa ſua dat ſequentes: NEC ENIM FACTUM QVÆRITUR, SED CAUSA FACIENDI, h. e. an aliquid furtum ſit, nec ne, non ſolum conſiderandum eſt, an res invito domino ac dolo malo ſit contrectata, ſed ante omnia intentio auferentis ponderari debet, an abſtulerit lucrifaciendi cauſa, an non; ſi prius, furtum eſt, ſi poſterius, non furtum, *arg. d. l. 1. §. 3. h. t.* Inde ſi quis tabulas teſtamenti deleverit, ut lucrum inde ſentiat, furtum eſt, ſi ſaltem ut damnum det, non furti, ſed actione Legis Aquiliæ tenebitur, ſententia eſt ejusdem Ulpiani ex Pomponio *l. 41. §. 1. ad L. Aquil.* adde *l. 27. §. ult. de furt.* Ergo in præſenti caſu idem eſſe putat Ulpianus: CAUSA AUTEM, ita pergit, FACIENDI LIBIDO FUIT, NON FURTUM, h. e. is, qui ancillam meretricem rapuit, aut celavit, non fecit id lucrifaciendi animo, (in quo conſiſtit pars formalis furti,) ut per ancillam ejusque æſtimationem patrimonium aut bona ſua augeret, vel operis ancillæ aliquid acquireret ſibi, ſed ut libidinem adimpleret ſuam. Hæc enim circumſtantia ſpectat ad caſum a Jureconſulto propoſitum, & in propoſita quæſtione ſubintelligenda eſt, ut ſenſus ſit: *Si meretricem alienam ancillam rapuerit quis, vel celaverit* libidinis cauſa, *furtum non eſſe &c.* Quem ſenſum non tantum innuit vox *meretrix*, qua Ulpianus utitur in ſenſu reduplicativo, quod ſcil. quis ancillam meretricem, qua meretricem, i. e. ad adimplendam libidinem rapuerit, ſed & volunt verba textus modo explicata. Nam poterit etiam quis ancillam alienam, quæ eſt meretrix, (in ſenſu ſpecificativo) rapuiſſe, non ſcortationis ergo, ſed lucrifaciendi animo, quæ actio omnino ad furtum ſpectat *arg. legis* noſtræ 39.

VI.

Ex præmiſſa hac deciſione, Ulpianus novæ quæſtionis ſolutionem infert. Cum enim & is, qui opem & conſilium ad furtum tulit, furti teneatur, *v. g.* qui alicui nummos excuſſit ea intentione, ut alius eos raperet, *l. 25. §. 13. de furt.* modo etiam alius eos revera acceperit, *l. 27. §. 21. ad L. Aquil.* & haud dubie is, qui fores alienas effringit, ut fures in ædes intrare, & ibi furtum committere queant, *arg. §. 11. Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.* (etſi enim forte neuter horum de furto aliquid participet, tamen quia illos juvant, qui lucrifaciendi intentionem habent, eandem habere cenſentur;) inde & quæſitum fuit, quid juris de effringente fores meretricis? Reſpondet JCtus noſter, fluere deciſionem quæſtionis hujus ex præcedenti: ET IDEO ETIAM EUM, QVI FORES MERETRICIS, etiam ſi ſit libera, EFFREGERIT, modo id fecerit LIBIDINIS CAUSA, non ut cooperetur furibus lucrum captantibus, ET SI FURES NON ABEO INDUCTI, SED ALIAS præter ipſius ſcientiam & voluntatem, INGRESSI MERETRICIS RES EGESSERUNT, FURTI NON TENERI. Et de hoc caſu forte minus eſt dubium: cum hic nec contrectet ipſe rem alienam, nec contrectantibus cooperetur, ſed ſit ſaltem furti ſubſecuti cauſa per accidens. Uti & is, qui injuriæ cauſa januam effregit, quamvis inde per alios res amotæ ſint, non tenetur furti, conſentiente hac in parte Paulo, *l. 53. pr. de furt.* cum Ulpiano noſtro: & is, qui per laſciviam, & non data opera ut furtum admitteretur, nummos alicui excuſſerit, quamvis illi poſtea a tertio furto ſint ablati, non furti conveniri poteſt, ſed actione in factum, *d. §. 11. Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.* h. e. Actione L. Aquil. utili, *per tradita a me in Philoſoph. Jur. §. 148. 149.*

VII.

Sed ut revertamur ad caſum initio propoſitum, quamvis dictum ſit, eum, qui celavit alienam ancillam meretricem, non committere furtum; AN non TAMEN LEGE FAVIA de plagiariis TENETUR, QVI SUPPRESSIT SCORTUM LIBIDINIS CAUSA? quærit porro Ulpianus. *Scortum* dicit, non, ut in priore quæſtione, *ancillam meretricem:* quia enim jam de plagio ipſi ſermo eſt, plagium vero præter ſervos etiam in liberis hominibus committitur, inde quæſtio præſens tam de meretrice libera, quam de ancilla intelligi poteſt. Utrobique enim eſt eadem decidendi ratio. Sed quænam? Reſpondere non poſſumus, niſi ſciamus, quid ſit plagium, & quomodo a furto differat.

VIII.

Rem difficilem facit *lex penult. pr. ad l. Fab. de plagiar.* Equidem communiter deſcribitur plagium, quod ſit fraudulenta ſuppreſſio liberi homi-

hominis, aut ſervi alieni. vid. Anton. Matth. *de Crimin. ad lib. 48. tit. 12. cap. 1. n. 2. p. m. 592.* Ex qua deſcriptione certum quidem eſt, illam eſſe differentiam inter furtum & plagium, quod non omne plagium ſit furtum, quia liber homo furti objectum haud eſt, nec omne furtum ſit plagium, quia furtum committitur etiam in aliis rebus, quam ſervis; At ſervorum quod attinet ſuppreſſionem, videtur ea & ad furtum referenda, ob *l. 1. pr. de fugitiv.* & ad plagium, non ſolum ob dictam plagii definitionem, ſed maxime ob *l. penult. §. 2. ad l. Fab. de plagiar.* adeoque ob hoc factum & civiliter actione furti, & criminaliter ex Lege Fabia agi poſſe.

IX.

Verum *non ſtatim plagiarium eſſe, qui furti crimine ob ſervos alienos interceptos tenetur*, Calliſtratus inquit *d. l. penult. pr.* Cur hoc; Rationem eam eſſe ait, quia *Divus Hadrianus in hæc verba reſcripſit: ſervos alienos qui ſollicitaverit, aut interceperit, crimine plagii, quod illi intenditur, teneatur, nec ne, facti quæſtio eſt*, (vel ut Florentina & Holoandrina, legunt, *facit quæſtionem.*) Expectas haud dubie genuinam differentiam inter furtum, & plagium ſervi intercepti, & adeo quæſtionis propoſitæ reſolutionem ex Imperiali Reſcripto. Sed falleris; Ita enim reſpondet Hadrianus, qui tamen omnium controverſiarum deciſiones in ſcrinio pectoris debebat habere, ut dubium magis reddat animum conſulentis, quam ut eundem informet. Sic autem pergit: *Et ideo non me conſuli de ea re oportet.* Hoc *ideo* concluderet equidem, ſi ſecundum editionem gloſſæ in verbis antecedentibus legeretur, *Facti quæſtio eſt:* Conſuli enim debet Imperator non de quæſtionibus facti, ſed de controverſiis Juris, *l. 79. §. 1. de judiciis*, (& propterea gloſſa *ad d. l.* noſtram, bonam hanc eſſe rationem, aſſerit.) At lectionem illam haud eſſe probabilem, vel ex eo conſtat, quod de facto, ſcilicet de ſollicitatione & interceptione ſervorum, conſtabat: An autem iſta ſollicitatio & interceptio ſit plagium, an furtum, quæſtio juris erat, non facti; Sin autem lectionem Florentinam retinemus; iſtud *ideo* maxime videtur eſſe abſurdum & ἀπροσδιόνυσον. Quid enim hoc eſt? Ideo quia quæſtio eſt, an ejusmodi ſervorum interceptio ſit plagium, an furtum, non debet Imperator, qui tamen authenticus eſt legum & controverſiarum graviorum interpres, conſuli? Quis ergo alius conſuli debet? *Sed*, inquit Imperator, *quod veriſſimum in re præſenti cognoſcitur, ſequi Judicem oportet.* Itaque Judex conſulendus, & ejus deciſio obſervanda. Unde vero Judex fundamentum deciſionis ſumet? Etſi enim dicamus, ipſius arbitrio hujus controverſiæ finitionem relinqui, arbitrium tamen Judicis nunquam ſine norma eſt, de qua norma quæſtio hic proponebatur Imperatori. Et quæ denique ſequuntur verba, magis ancipitem reddent Judicem. *Plane ſciri debet, poſſe aliquem furti crimine ob ſervos alienos interceptos teneri, nec idcirco tamen ſtatim, plagiarium eſſe, exiſtimari.* Non licet igitur Judici ſemper interceptorem doloſum ſervorum ut plagiarium condemnare. Quando itaque licebit? & quando non licebit? Debuiſſet ſane Hadrianus differentiam interceptionis oſtendere, & circumſtantiam illam, quæ impediat, quo minus non omnis interceptio fraudulenta ſervi ac furtiva, ſimul plagii nomine veniat. Sed hoc nequaquam eſſe factum, ex eo colligo, quod alias haud dubie Calliſtratus verba iſta illuſtrantia, ſi quæ ſuperfuiſſent, addidiſſet.

X.

Deprehendo autem apud Scriptores, quamvis diſſimulent, quam ſe torqueant in explicanda hac diverſitatis ratione. Gloſſa ad *d. l. lit. d.* ut explicet mentem Imperatoris dicens: *poſſe aliquem furti teneri*, addit: *Ut ſi opem ad furtum præſtitit, vel quia etiam corrupit, ut fugeret: nec ſubripuit, ut exportatione dominum celaret.* Verum is, qui opem ſimpliciter ad furtum præſtitit, huc non ſpectat, quia non quæritur de differentia inter furtum & plagium, ſed inter ſervorum interceptorum furtum & plagium; Sin vero gloſſæ hæc ſit mens, quaſi is, qui opem ad furtum ſervi præſtiterit, non ſit plagiarius, iſtud quidem eſſet contra *d. l. 6. §. 2.* verb. *quique in earum qua re ſocius erit.* Conf. Anton. Matth. *d. l. num.* 4. Deinde quod eum, *qui corrupit ſervum, ut fugeret*, attinet, & hunc pro plagiario habendum eſſe, oſtendunt *d. §. 2.* verba: *quique ſervo alieno ſervæve perſuaſerit.* & notavit jam hunc gloſſæ errorem Anton. Matth. *d. n. 4.* Magis ad rem præſentem videntur facere verba ultima gloſſæ, de eo, *qui ſubripuit ſervum, non tamen eo animo, ut ipſius exportatione*, (dicere voluit *de exportatione*, vel, *exportationem) Dominum celaret*, ut ſcilicet ea inter furtum ſervi intercepti & plagii ſit differentia, quod fur ſit is, qui ſervum intercepit, nec tamen poſt interceptionem eun-

dem domino celat, plagium autem inſuper qui celat eundem domino. Et huic opinioni præprimis favere videtur *d. §. 2. hujus legis ſextæ*, niſi quod ex verbis: *quique ſervo alieno ſervæque perſuaſerit, ut a domino dominave fugiat*, in contrarium poſſit argumentatio inſtitui. Si enim is plagiarius eſt, qui ſaltem ſervo fugam perſuaſit, videtur & is eſſe, qui revera ſubripuit, etſi poſt ſubreptionem non celet eundem. Sed hanc differentiam infra examinabimus.

XI.

Dominus Struv. *in exercit. penult. th. 83.* ut oſtenderet ſtatim in definitione plagii ejus a furto differentiam, dicit plagium eſſe crimen, quod committatur fraudulenta liberi hominis & ſervi alieni, *alia ſcilicet quam ejus lucri cauſa facta* ſuppreſſione. Ergo ex hujus mente furtum ſervi fit lucri faciendi cauſa, plagium non item. Deſidero hic textum Juris civilis. Provocat quidem Vir Magnif. ad Anton. Matthæi *d. l. c. 1.* ſed apud eum nihil horum quicquam deprehendo. (Forte cum hæc ſcriberet Dn. Struvius, præ oculis habuit Autorem noſtrum, quem vid. *exerc. ult. th. 15.)* Videamus ejus verba, iisque ſtatim immiſceamus cenſuram noſtram.

XII.

Quantum ad nominis etymon attinet, inquit *d. l. n. 2. ſeqq. dictum eſt plagium juxta Iſidorum ἀπὸ τῦ πλαγίυ, vel πλαγίως, quod non ſolum transverſe ſeu oblique, ſed & doloſe ſonat. Inde plagiarii, qui doloſe homines alienos ſupprimunt: ipſumque plagium nihil aliud, quam fraudulenta ſuppreſſio liberi hominis, vel ſervi alieni. Cæterum ſupprimitur liber homo, cum ſine vi, dolo malo, abducitur, proque ſervo venditur, habetur, ſervus quoque, cum ſine vi abducitur, cum ei fuga perſuadetur, aut fugitivus celatur, l. 1. 3. 4. 5. 6. §. ult. h. t. l. 1. 2. 5. 9. pen. C. eod.* quod *dicimus* ſine vi, *id tum nominis notatio* (modo allata, quod plagium fiat transverſe ſeu oblique. Sed quemadmodum iſta etymologia non ab omnibus probatur, vid. omnino *Dn. Patris diſſert. de plag. literar. §. 30.* & ſi τὸ πλαγίως per *doloſe* explicetur, quod facit Matthæi in verbis modo relatis, plane non ſtringit, cum & violenta ablatio doloſe fiat; ita quamvis de priori derivatione certo conſtet, notum tamen eſt, ab etymologia plerumque infirma duci argumenta,) *tum Antonini Conſtitutio ſuggerit, qui in l. 1. C. h. t. reſcripſit, ſi per violentiam mancipium ereptum fuerit, accuſationem legis Juliæ de vi intendendam eſſe,* (Quod hanc probationem attinet initio, verbis expreſſis in *d. l. 1. C. t. t.* non dicitur actionem Legis Juliæ de vi intendendam eſſe: *Quod ſi*, inquit Imperator, *per violentiam mancipium ereptum eſt, accuſationem EJUS non prohibetur intendere.* Hic ergo τὸ EJUS poterit commode explicari tam de accuſatione Legis Juliæ de vi. Priori caſu ſenſus *d. l. 1.* is erit: *Pater tuus adverſus eum, a quo ſollicitatam ancillam, plagio quoque facto exportatam queritur, apud ſuum Judicem civiliter in rem actione inſtituta conſiſtat. Si vero in cauſa tenuerit, etiam Legis Fabiæ crimen perſequi poterit*, quia ſcilicet actio rei perſecutoria non tollit actionem criminalem. Et quamvis in libello tuo ſupplici nullam mentionem feceris, an ille ſollicitator ſine vi, an cum vi ſervum Patris tui exportaverit; aut, quamvis in libello tuo ſupplici dubium moveas eo quod ſollicitator iſte ſervum Patris tui vi exportaverit; tamen *quod ſi* etiam *per violentiam mancipium abreptum ſit*, accuſationem ejus, i. e. vel Legis Fabiæ, vel delinquentis ex lege Fabia, non *prohibetur* pater tuus, finita rei vindicatione *intendere.* Et ita ſi explices *legem 1. C.* ſententia Antonii Matthæi ex ea non probabitur, ſed refutabitur. Atque huic opinioni videtur favere Treutler. *Vol. 2. diſp. 32. th. 9. lit. i.* Altero caſu & ex mente Antonii Matthæi, etſi per τὸ EJUS intelligas actionem legis Juliæ, uti quoque gloſſata editio in marg. teſtatur in manuſcriptis nonnullis loco EJUS, legi VIS, tamen id, quod exinde probari vult Matthæi, nequaquam probabitur, ſed iſte ſenſus evadet: *Quod ſi* vero *per violentiam mancipium abreptum eſt*, pater tuus finita rei vindicatione *accuſationem* etiam *ejus* violentiæ vel Legis Juliæ de vi *non prohibetur intendere*, ſed cum duo hic ſint delicta & plagii & vis, electionem habebit, ex utro velit accuſationem inſtituere. Et hunc ſenſum ſuadent verba: NON PROHIBETUR. Si enim Imperator dixiſſet: DEBET intendere, haberet forte, quod allegare poſſet Matthæi. Jam autem quocunque modo explicet textum iſtum, ſententiam ſuam tamen ille non confirmabit. Pergimus in verbis Matthæi:) *Habet igitur plagium cum hoc* (furto) *commune, ut fiat ſine vi, clam & obſcure, nec tamen propterea quisquis furti tenetur, is idem plagiarius eſt, l. pen. ff. h. t.* (Sed jam ſupra dictum: non confundi debere quæſtiones duas diſtinctas: unam an inter furtum in genere & plagium ſit differentia? Alteram, an inter ſervi intercepti plagium & furtum ſit diſcrimen? De

priori

Digitized by Google

priori non eſt dubium, at de poſteriori maxime dubia agit *l. pen. ff. h. t.)* *Quippe qui vi rapit ſervum alienum, etiam furti tenetur, l. 1. ff. vi bon. rapt. at plagiarius, ut modo dictum, non eſt,* (ſed etiam modo oſtenſum eſt, hanc differentiam a Matthæi firmiter non probari. Tentabimus tamen, an non ex ipſa *lege penult. ff. h. t.* pro opinione Matthæi poſſit argumentum adduci. Recentiores editiones ita legunt *§. 2. d. l. penult. Lege Flavia cavetur, ut liber, qui hominem ingenuum & libertinum invitum celaverit & INVINCTUM habuerit, quique ſervo alieno ſervæve perſuaſerit, ut a domino dominave fugiat, vel eum eamve invito & inſciente domino dominave celaverit, INVINCTUM habuerit, emerit, ſciens dolo malo, quive in ea re ſocius erit, ejus pœna teneatur.* Vides hic utrobique & in libero, & in ſervo per plagium ſubreptis, requiri, ut plagiarius eos INVINCTOS habeat, ex quo videtur concludi poſſe, quod absque vi debeat plagium *committi.* Sed & hæc lectio non eſt conſtans: Quippe gloſſata mea non ſolum pro INVINCTUM utrobique legit: VINCTUM, ſed & hanc lectionem ſequuntur non pauci Doctorum; Exemplo ſit Farinacius *de furt. qu. 166. n. 45.* Et ſuadet quoque hanc lectionem vox: INVITUM *in d. §. 2.* ut taceam illud INVINCTUM minus Latinum eſſe, quam VINCTUM. Et ſi vel maxime de lectione recentiorum editionum conſtaret, nihil tamen firmum exinde concluderetur, quia poſſum ſervum alienum initio per violentiam apprehendiſſe, quem tamen poſtea invinctum teneo &c. Manet ergo dubium adhuc circa primam differentiam a Matthæi inter furtum & plagium ſervi intercepti poſitam. Audiamus etiam recenſentem reliquas:) *Et qui in ipſo,* pergit, *ſervi furto deprehenſus eſt, furti quidem tenetur, ſed plagii non tenetur.* (Deſidero hic iterum probationem:) *Hoc amplius furtum committit, qui ſervum ſuum pignori datum creditori ſurripit, plagium non committit.* (Hanc differentiam concedo, ſed ad *d. l. pen. pr.* quicquam facere nego: cum ibi Imperator eſſe dicat differentiam inter ſervorum ALIENORUM furtum & plagium.) *Denique furti tenetur, cujus ope, conſilio furtum factum eſt, plagii non æque. Nec adverſatur, quod qui plagiario, in qua re ſocius eſt, & ipſe plagiarius ſit, l. pen. §. ult. ff. h. t. Socium enim intelligere debemus, non qui conſilium duntaxat dedit, aut ſcalas forte commodavit, ſed qui ſocietatem ſceleris contraxit, & in ipſa ſuppreſſione ſocius fuerit. Accurſius affert & hanc differentiam, quod qui ſervo fugam perſuaſit, fur ſit, non tamen plagiarius. Verum id falſum eſſe ex eadem l. penult. apparet, ubi nominatim Calliſtratus docet plagiarium eſſe, qui ſervo alieno perſuaſit, ut a domino fugiat. Dices: Atqui perſuaſio conſilium eſt: ſufficit ergo conſilium ad accuſationem. Reſpondeo: ſufficit ſi ſervo perſuaſeris, non ſi perſuaſeris tertio.* (Summa eo redit, quod furtum ſervi committatur etiam mero conſilio absque ope, plagium non committatur ſolo conſilio plagiario dato, ſi non ſimul quis opem reipſa tulerit. Sed deſiderare & hic quis poſſet probationem.)

XIII.

Jam in his de furti & plagii in ſervis commiſſi differentia ſententiarum varietatibus, quam ſententiam amplectemur? Si verba legis Fabiæ in titulo Digeſtorum & Codicis fuiſſent expreſſa, aut poſitivi quippiam circa hanc quæſtionem ibi deprehenderetur, eſſemus in ſalvo. Jam cum nec Legis Fabiæ verba extent, neque leges ullæ Juris Juſtinianei nos hac in parte informent (quam enim dubiæ ſint illæ omnes, quæ a Doctoribus hunc in finem adducuntur, ſatis ut puto in antecedentibus oſtendi) conjecturis erit opus. Igitur ante omnia inquirendum erit in hiſtoria Romana, an Lex Fabia prior fuerit plagiarios puniens, an vero edictum Prætoris, vel alia quædam lex ante edictum fures coercens. Non vero dubito, quia furtum frequentius ſemper eſt, quam plagium, quin lex in furtum lata tempore fuerit antiquior in Republ. Romana, quam Lex Fabia. Coercuit autem lex ejusmodi, vel edictum Prætoris, contrectationem fraudulofam RERUM alienarum invito domino lucri faciendi cauſa factam. Ergo cum & ſervi Jure Romano rebus magis quam perſonis æquiparentur, & interceptio ſervorum jam lege iſta fuerit notata, inde non fuit opus ob horum ſurreptionem novam legem invenire. Sed quemadmodum quotidie creſcere ſoleant delicta, ita & in Republ. Romana fures hominum non contenti ablatione ſervorum alienorum, cum hæc res quandoque impune ipſis cederet, neque adeo pœna dupli, aut quadrupli tanta eſſet, ut ipſos a flagitio abſterreret, cœperunt etiam liberos homines malis artibus ſurripere, eosque poſtea in alium locum exportare & ibi vendere ut ſervos. Non debebat hic quieſcere Legisla-

giſlator Romanus, ſed creſcentibus delictis pœnæ quoque debebant creſcere, præprimis cum liberi hominis contrectatio, tanquam inæſtimabilis, quique non REI, ſed perſonæ appellatione in jure venit, ad legem furtum coercentem referri non poterat. Lata igitur fuit tempore Fabii Labeonis anno urbis conditæ 171. (ita Perez. *ad Cod. h. t. n. 1.* an recte alii judicent. Ego non puto, nam anno 171. urbs adhuc erat ſub regibus. Quin potius legendum erit *anno 571.* nam hoc anno in Chronologia Romana Henrici Glareani deprehendo Qu. Fabium Labeonem inter conſules) Lex Fabia de plagiariis in eos animadvertens, qui liberos homines, ut & ſervos alienos fraudulenter & lucri faciendi gratia contrectaſſent, *arg. t. t. ff. ad C. ad L. Fabiam de plagiar.* Hic maxime probabile eſt, per Legem Fabiam omnem ſuppreſſionem liberorum hominum fuiſſe notatam, ſive fieret ea per dolum & aſtutiam, ſive per meram violentiam. Nam ſi ſolam aſtutiam correxiſſet Lex Fabia, impunes fuiſſent, quod eſſet abſurdum, violenti raptores, cum tum temporis nec lex Plautia, nec lex Julia lata fuerit. *Plautiam enim doctiſſimus Sigonius*, ſunt verba Matthæi *lib. 48. tit. 4. c. 1. p. 441. a Catulo conſule latam ſcribit, una cum P. Plautio Tribuno plebis poſt Lepidum collegam pulſum atque in Sardinia interfectum* (in indice Glareani anno urbis conditæ 676. deprehendo conſules M. Æmilium Lepidum & Q. Luctatium Catulum: Sed neſcio an hunc annum intelligat Sigonius, cum anno 688. item 708. etiam inter Conſules adhuc ponatur M. Æmilius Lepidus, niſi forte hic poſterior ſit prioris, quem Sigonius pulſum & interfectum dicit, filius) *Alii vero Cn. Pompejo Strabone & L. Porcio Catone Coſſ.* (hi regnarunt anno urb. cond. 665.) *a M. Plautio Silvano, Trib. Pl. latam exiſtimant, Juliam alii Cæſari, alii Octavio Auguſto adſcribunt. Sed verius eſt Auguſti eſſe.* Porro quod ſerviles homines attinet, & illud certum eſt Plagium ſervi eſſe ſpeciem furti, adeoque ab hoc tanquam latiori differre, ut anguſtius: Ideoque omne plagium ſervi alieni erit furtum, cum & hic adſit contrectatio rei alienæ, *l. 3. pr. ff. ad legem Fabiam*, fraudulosa, *d. l. 3. pr.* lucri faciendi gratia, quæ eſt definitio furti. Quamvis enim quoad lucrifaciendi animum cum aliis ſupra diſſentire dixerim Dn. Struvium, putantem, plagium alio quam lucrifaciendi animo fieri, tamen ad hanc opinionem, ut alia taceam infra cum ad leges noſtras *39. & 82. de furt.* reverſi fuerimus, dicenda, vel exinde reſponderi poterit, quod furtum illud Kauffungianum communiter a Dd. & Collegiis Juridicis pro plagio fuerit habitum, quamvis hic omnino Kauffungius nullum habuerit alium, quam lucrifaciendi animum. Vide Carpz. *Crim. qu. 85. n. 90.* Petri Albini *Hiſt. Miſen. P. I. c. 21.* Et ſi non omne plagium ſervi eſſet furtum, haud dubie id notaſſent vel Hadrianus vel Calliſtratus, *l. pen. ff. h. t.* cujus tamen rei ibi eſt altiſſimum ſilentium. Deinde nec de hac propoſitione eſt dubium, quod non omne furtum ſit plagium ſervi, ſed furtum tanquam genus prædicetur de furto aliarum rerum, quam ſunt ſervi. Saltem ergo de hac propoſitione quæſtio eſt, an furtum ſervi & plagium ſervi coincidant, ſeu an quemadmodum omnis plagiarius ſervi eſt fur, ita & omnis fur ſervi ſit plagiarius? Negantibus hoc & Calliſtrato & Hadriano, nec tamen differentiam diſtincte ponentibus, & hic operam dabimus, ut quoniam non per leges expreſſas differentiam oſtendere poſſumus, ſaltem oſtendamus eam per conjecturas probabiles, quæque non pugnent cum Legibus.

XIV.

Ex iis, quas Gloſſa ponit, differentiis, primam, quod ab eo qui opem tulit ad furtum ſervi, furtum committatur, non vero plagium, ut & ſecundam, quod corruptor ſervi ut fugeret, fur ſit, non plagiarius, contra *d. l. pen. §. 2.* eſſe jam ſupra oſtendimus. Reſtat ut examinemus diſtinctius tertiam gloſſæ differentiam; iſtum ſcilicet, qui ſervum alienum ſubripuerit, alio tamen animo, quam ut ejus exportationem domino celet, eſſe furem non plagiarium. v. g. Subripuit quis domino ſervum, ſed poſt ſubreptionem dum dolo malo perſuaſit ſervo, ne iterum ad dominum priorem accedat, non celat eundem domino priſtino, ſed palam eodem ut ſervo proprio utitur. Hoc factum in furti crimen incidere forte eſt ſine dubio, præſuppoſito nimirum, quod fraudulenter, i. e. dum ſciverit, ſe non eſſe dominum ſervi & lucrifaciendi cauſa id perpetraverit ſuppreſſor. Sed non eſſe plagium ideo dicit gloſſa, quia non celat ſervum domino. Unde & *ad l. 1. ff. eod. tit. u.* commentatur: *An idem* (plagium committit) *ſi quis ſciens vendat, vel emat ſervum alienum, vel alias contrectet? Reſpondeo. Sic, ſi animum celandi dominus* (legendum: *dominum*) *habuit, ut infra eod. l. pen. §. lege.* Sine dubio autem gloſſator

Digitized by Google

ſator ad hanc opinionem fuit commotus, quod in *d. l. pen. §. 2.* (cujus verba ſupra *p. 221.* dedimus) aliquoties videret occurrere vocem CELANDI. Verum ut & hac in parte a gloſſa recedam, plures me movent conjecturæ. Nam in *d. §. 2.* non ſolum is, qui ſervum alienum inſcio & invito domino celaverit, ſed & qui vinctum (an invinctum? per ſupra dicta) habuerit, aut ſciens emerit, plagii reus eſt, quas duas circumſtantias a celatione ſeparat JCtus. Deinde *L. 5. ff. eod.* ſtatuitur, quod is, qui fugitivum alienum celaſſe doceatur, non obſtante eo, quod proprietatis quæſtionem domino referret, plagii pœnam evitare minime poſſit, ex quo infero, quod & is, qui ſervum alienum ſubripuit, etiamſi poſtea illo palam utatur, vel proprietatem, vel aliud quid cauſatus, non liberatus ſit a crimine plagii. Denique nulla apparet ratio, cur legiſlator ejusmodi furem ſervorum ſub lege Fabia contineri noluerit. Certe non ſolum is fur eſt, qui rem nobis ſubreptam celat, ſed & ille qui re ſemel ſubrepta eandem palam ad ſe transtulerit, non timens videlicet ut in furto deprehendatur, vel qui re furto ſublata & clanculum ad ſe translata palam utitur. Imo in his poſterioribus quo major eſt impudentia, eo majus quoque eſt peccandi cacoëthes, & propterea eo majore animadverſione, vel ſaltem non leviore in ejusmodi delinquentes eſt opus. Simili ratione videretur contra rectæ rationis dictamen eſſe, ſi Lex Fabia in iſtum ſaltem ſervi furem animadvertere voluiſſet, qui eum poſt ſubreptionem celavit, eum vero impunitum dimittere, qui poſt interceptionem ſervo palam ut proprio, abjecto omni pudore, uſus fuit.

XV.

Pergo ad Antonii Matthæi differentiam primam, quod fur ſit, qui ſervum etiam per vim intercipiat, non autem plagiarius, cum ad plagiarium requiratur, ut ſine vi ſervus ſit furatus. Hic ſuperius oſtendi, & textum & rationem Antonii Matthæi non firmiter concludere. Jam facili negotio etiam oſtendere poſſum, opinionem iſtam minus eſſe probabilem. Fur violentus improbior fur eſt, quam fur clandeſtinus, *pr. Inſt. de vi bon. rapt.* Quis ergo Legiſlator hujusmodi furem impunitum dimitteret, niſi illum tritum ſibi occini velit audire:

Dat veniam corvis, vexat cenſura columbas.

Nec eſt quod dicas; imo non impunitos manſiſſe ejusmodi fures improbos, ſed jam Legibus publicis vim coercentibus fuiſſe notatos. Ergo non opus fuiſſe, ut Lex Fabia illos de novo coerceret. Atqui antea oſtendi, & Legem Plautiam & Legem Juliam vim coercentes fuiſſe recentiores lege Fabia. Et præterea etiamſi demus, jam ante latam legem Fabiam aliquam legem contra vim Romæ in obſervantia fuiſſe; tamen ideo non neceſſarium fuiſſet, ut Fabius in lege ſua exceptionem faceret de fure violento, quemadmodum ſecundum noſtram hypotheſin (lege Fabia puniri etiam plagiarium violentum) non opus fuit, ut in lege Julia de vi diu poſt Legem Fabiam introducta exciperetur fur violentus, tanquam jam lege Fabia notatus, docet quippe Imperator, *l. 1. C. h. t.* & hunc ex lege Julia accuſari poſſe. Altera Matthæi differentia, quod ſervum intercipiens, & in ſervi furto deprehenſus pro plagiario non ſit habendus, uti nullo argumento probatur, ita & nequaquam eſſe probabilem, evincunt ea, quæ modo ad differentiam ultimam gloſſæ diſſeruimus.

XVI.

Reſtat igitur, quod ultimo loco ſupra Antonius Matthæi attulit diſcrimen; furem eſſe, qui conſilium ad furtum ſervi dedit, non vero eſſe plagiarium: quod ſolum aliqua ratione probabili niti mihi videtur. Quamvis enim ſupra dixerim, & hic probationem deſiderari, tamen etſi leges expreſſæ nos deficiant, non deficit tamen ratio, vel conjectura probabilis, legibus haud contraria, qua in præſenti materia nos contentos eſſe debere monui: Jam vero certum eſt, etſi is, qui conſilium dat ad crimen, ſuo modo etiam de delicto participet, per ea, quæ latius tradunt Hugo Grotius *de J. B. lib. 2. c. 21.* & ibi commentatores ejus, certum tamen eſt, etiam conſilium nudum dantem & delictum non exequentem non æquale committere crimen, & conſequenter non æquali pœna delicto ſemper proportionata eſſe dignos. Notandum vero ante omnia, quod vox Conſilii, ut & mandati ſumantur vel late, ut unum de altero promiſcue prædicetur, vel ſtricte, ut ſibi invicem contradiſtingvantur, & tunc mandans eſt, qui alicui delictum aliquod gratis exequendum ſvadet in ſuam mandantis utilitatem, ita ut ſi absque mandante fuiſſet, mandatarius delictum non perpetraſſet, conſulens vero dicitur, qui in utilitatem ejus, cui dat conſilium, certas quasdam circumſtantias illi ad delictum perpetrandum ſuppeditat, ita tamen, ut ipſe conſulens nullam inde utilitatem

Digitized by Google

litatem ſentiat, & alter delictum, etiam perpetraſſet, quamvis absque conſilente fuiſſet, vid. Carpzov. *Crimin. qu. 4. n. 2. 3.* Hic conſilium in ſenſu ſtricto accipimus. Quamvis igitur in Jure Civili infinitæ leges deprehendantur, quæ & conſilium eadem pœna, qua ipſum delictum eſſe puniendum aſſerunt, vid. Ant. Matthæi *de Crimin. Proleg. c. 1. num. 7. p. 8. & ad lib. 48. ff. tit. 18. c. 4. n. 18. pag. 799.* Communis tamen ſchola DD. diſtinguit, fueritne reus & absque conſilio peccaturus, nec ne: Priori caſu exiſtimat, eum, qui conſilium dedit, puniendum eſſe lenius, poſteriori caſu puniendum eſſe pœna ordinaria. Et ſecundum hanc diſtinctionem non ſolum dictos Juris Civilis textus explicari poſſe ſtatuit Anton. Matthæi *d. p. 799.* ſed & ſecundum eam Carpzovius illum, qui homicidium mandaverit, a pœna ordinaria homicidii, adducto præjudicio, liberandum eſſe concludit, *Crimin. d. qu. 4. n. 27. 32.* Unde & obiter infero a minori ad majus, quod ſecundum hanc diſtinctionem limitanda ſint alia loca ejusdem Carpzovii eandem pœnam in mandantem & mandatarium decernentia, in crimine rapinæ, *qu. 91. n. 21. 22. 23. 54.* abacti partus, *qu. 11. num. 10.* diffidationis *qu. 37. n. 43. 47.* incendii, *qu. 38. n. 48. 49. 53.* & veneficii, *qu. 50. num. 32. 35.* Quo notato de illo jam nobis conſtare debet: An is, qui homini citra ipſius conſilium ſervum intercepturo conſilium absque ope ſuppeditat, & ita quidem, ut ipſe conſulens nullam ſpem habeat de lucro participando ex futura ſervi intereeptione, eadem ſubſecuta, pro fure haberi, & in eum actio furti inſtitui debeat? Nos putamus affirmandum eſſe *per l. 52. pr. & §. 19. ff. de furt.* non obſtante *§. 11. Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.* utpote qui de conſilio ſimplici loquitur & nudo hortamento, v. g. ſi quis absque determinatione perſonarum & modi alicui furtum ſvaſerit. Nobis vero ſermo eſt de conſilio prægnante aut qualificato, quod Ulpianus *l. 50. §. 3. de furtis* deſcribit: *Conſilium dare videtur, qui perſvadet & impellit atque inſtruit conſilio ad furtum faciendum.* Cum itaque ejusmodi Conſiliarius jam ſatis videatur punitus eſſe, quod etſi non contrectaſſet rem alienam, nec ullum lucrum inde ſenſiſſet, tamen actione furti in duplum conveniatur, ideo præſumendum eſt, *arg. d. l. pen. pr. ad L. Fab. de plagiar.* legem Fabiam in eum nova & extraordinaria pœna advertere noluiſſe. Hæc eſt conjectura mea de ſenſu *d. l. penult. pr.* quæ tamen facile aliis meliora docentibus cedet.

XVII.

Cæterum cum ſupra *d. princ. l. 6.* cum dubiis, quæ in ejus lectione cuidam occurrere poterant, & rationibus reſcriptum Hadriani ut ineptum oppugnantibus recenſuerimus, non pigebit idem cum periphraſi illud perſpicue explicante, & rationes decidendi ſuppeditante, corollarii loco ſubjungere. Scilicet narraverat quispiam Hadriano in libello ſupplici, Titium v. g. ſervos alienos ſollicitaſſe aut intercepiſſe; & quæſiverat, an is ſollicitator, vel interceptor plagii teneatur nec ne? Reſpondet ei Hadrianus: *Servos alienos qui ſollicitaverit aut interceperit, crimine plagii, quod illi intenditur, teneatur, nec ne, facti quæſtio eſt;* (h. e. factum, quod tu mihi propoſuiſti, non ſufficienter enumeravit circumſtantias ad crimen Plagii, ut & ad quodlibet furtum neceſſarias. Nam non omnis, qui ſervum alienum ſollicitavit & intercepit, pro fure aut plagiario habendus eſt, ſed qui id fecit dolo malo. Is enim, qui juſta opinione domini & bona fide ſervum, etſi revera alienum, ſollicitavit aut intercepit, nequaquam fur aut plagiarius eſt, *l. 3. ff. ad L. Fab. l. 8. C. eod.* Ergo quamdiu de dolo malo intercipientis nihil proponis, propoſita quæſtio in facti recenſione manca eſt) *& ideo non me conſuli de ea re oportet, ſed quod veriſſimum in re præſenti* (coram Judice ſuper circumſtantia doli mali) *cognoſcitur, ſequi Judicem oportet. Plane* (etſi forte judex reum ob interceptum ſervum alienum pro fure declaraverit) *ſcire debet* (ne tu forte eundem & pro plagiario habeas) *poſſe aliquem furti crimine ob ſervos alienos interceptos teneri, nec idcirco tamen ſtatim plagiarium eſſe exiſtimari* (velut ſi quis nudum conſilium plagiario dederit, & ideo ſi is, de quo quæſiviſti, & ipſe ad interceptionem ſervi conſilium ſaltem ſuppeditavit, nec is plagiarius erit.)

XVIII.

Obliti pene fuimus Ulpiani noſtri, cujus tamen gratia hanc etſi citra ſpem ſatis prolixam diſputationem ſuper intellectu *d. l. penult. pr. ad L. Fab.* inſtituimus. Ergo redeamus in viam, & quid ipſe ad propoſitam quæſtionem, de eo, qui ſcortum libidinis cauſa ſuppreſſerat, an lege Fabia teneatur, reſpondeat, audiamus. ET NON PUTO, inquit, TENERI, ET ITA ETIAM EX FACTO, CUM INCIDISSET, DIXI. Ratio ex iis, quæ jam diſputavimus, in promptu eſt. Omne plagium ſervi eſt furtum. Ergo ubi non eſt furtum, ibi nec plagium. Jam ve-

ro

Digitized by Google

ro dixerat JCtus, eum, qui ancillam alienam libidinis cauſa ſuppreſſerat, furtum non committere, fluit ergo ſua ſponte, quod nec plagium committat. Notare hanc JCti deciſionem debent illi, inter quos eſt Autor *ex. ult. th. 15.* qui iſtam inter furtum & plagium ſervi notant differentiam, quaſi furtum committatur lucrifaciendi animo, plagium non item. Si enim iſta opinio procederet, haud dubie reſpondiſſet Ulpianus in propoſita quæſtione, iſtum ſuppreſſorem pro plagiario eſſe habendum, quia in præcedentibus ſatis demonſtraverat, eum non lucrifaciendi cauſa ancillam rapuiſſe. Contra quos & illud denique obſervari velim, & crimen raptus evincere, quod ad plagium ejusque formale omnino requiratur lucrifaciendi animus. Nam & plagium committitur rapiendo liberum hominem, & raptus. Differentia autem inter plagium & raptum eſt; quod raptus fiat libidinis cauſa, Struv. *Exerc. 49. th. 41.* h. e. non lucrifaciendi animo, *arg. l. noſtræ 49. de furt.* plagium autem lucrifaciendi animo, *v. g.* ſi quis virginem rapiat, ut eam vendat &c. cum ſecundum Autoris determinationem plagii hæc potius inverti deberent, uti is, qui virginem *v. g.* rapit, ut iterum vendat, non plagiarius ſit, ſed fur ſimplex, quia raperet lucrifaciendi animo, e contrario is, qui virginem ad libidinem rapit, non raptor ſit, ſed plagiarius, quia lucrifaciendi animo deſtituitur. Sed ad Ulpianum noſtrum. Hic ut non ſaltem ad quæſtionem propoſitam reſponderet, ſed & objectionem, quæ contra deciſionem ſuam proponi poterat, removeret, addit ſequentia: HIC ENIM TURPIUS FACIT QVAM QVI SURRIPIT: SED QVIA SECUM FACTI IGNOMINIAM COMPENSAT, CERTE FVR NON EST.

XIX.

Verba iterum nimis obſcura: ut neſcias, contra quam theſin ratio dubitandi ſit directa: Ille, qui ſurripit ancillam libidinis cauſa, turpius facit, quam qui ſimpliciter ſurripit lucrifaciendi animo, verum eſt, ſed quid inde concludi debet? An illud? Ergo qui ita ancillam intercepit, fur eſt? Ita quidem conjectari licet ex reſponſione Ulpiani contradicentis, quod fur non ſit. At ſi hoc modo formata fuerit objectio, aperta laboret ineptitudine concludendi, cum nequaquam ſequatur; Hic turpius quid committit, quam fur, ergo fur eſt: Poterit enim eſſe adulter, homicida, blaſphemus &c. An illud exinde debemus inferre: Ergo ejusmodi rapiens ancillam alienam non debet impunitus relinqui, cum tamen JCtus eum in lege noſtra ab omni pœna abſolvere videatur, dum eum nec ut furem, nec ut plagiarium puniri poſſe aſſerit? Si is eſt ſenſus objectionis, uti videtur eſſe, non recte ſe habet reſponſio JCti, diverſum quid ab objectione reſpondentis. Objiciebatur enim, iſtum raptorem eſſe puniendum, & Ulpianus reſpondet, eum non eſſe furem. De allio objectio loquitur, de lactuca reſponſio. Deinde nec ratio magis perſpicua ea, quam Ulpianus ſuppeditat: *quia ſecum facti ignominiam compenſat*, ſive exinde concludere velit JCtus, eum non eſſe furem, quod verba ſvadent, ſive, eum non eſſe puniendum, quod objectio deſiderat. Quid enim eſt hoc loco: eum, qui alienam ancillam rapit libidinis cauſa, ſecum facti ignominiam compenſare? Ut ingenue fatear ignorantiam meam, quid velit Ulpianus, capere nequeo. Compenſatio ſemper eſt inter duos & diverſorum debitorum mutuorum. Hic autem una perſona raptor eſt ancillæ duplici delicto conſpicuus & raptu & libidine. Compenſabitur igitur raptus ancillæ cum libidine, unum delictum cum altero delicto ejusdem hominis? Hoc vero eſt contra communem compenſationis conceptum.

XX.

Conatur equidem gloſſa hæc Ulpiani verba illuſtrare. *Sic*, inquit, *ſupra de jurejur. l. nam poſteaquam, & l. duobus, & arg. ſupra de offic. Præſ. l. dives in fine.* Sed nec hic intelligo, quid textus allati ad explicationem legis noſtræ faciant: Doctiſſimus Tabor *in racemat. crim. ad l. noſtram 39. p. m. 207. in verſu: AN TANTUM VEL FABIA &c. ratio decidendi obſcura eſt. Sic autem declaratur a Petro Gregor. lib. 36. Syntagm. cap. ult. num. 10. Impunitum conſtitui reum ob perſonæ, quam ſupprimit, vilitatem, quæ turpitudine vitæ indignam ſe legum animadverſione reddiderit. Quinimo ſatis puniri ſupprimentem facti ignominia juxta illud Græcorum dicterium:* τὰ ἴσα πλημμελήματα ἀντισυλλογίζονται. *Paria delicta mutua penſatione inprimis cum pecuniariter intereſt, l. 10. §. 2. de compenſ. diſſolvuntur, l. viro 39. ſolut. matrim. l. 7. rer. amotar.* Hic illam reſponſionem ad objectionem prolatam tolero de vilitate perſonæ, in quam fuit delictum commiſſum, nempe meretricis. Nam nec eum, qui meretricem liberam rapuiſſet libidinis cauſa, aut raptorem punien-

niendum eſſe, latius probat Ant. Matthæi *de crimin. l. 48. tit. 4. c. 2. n. 4. pag. 447. ſeqq.* Sed hæc reſponſio verba JCti noſtri non explicat. Et quamvis altera, quod is, qui ſcortum rapiat, ſatis puniatur facti ignominia, magis ad mentem JCti accedat, non tamen convenit verbis ejus ex aſſe, niſi corrigere textum velis, & loco: *quia ſecum facti ignominiam compenſat*, legere, *quia ſecum facti ignominiâ compenſat*, aut quod probabilius: *qui ſcilicet eum facto* (facile enim contingere potuit, ut loco horum verborum, *quia ſc. cum facto* legeret ſcriba: *quia ſecum facti*) *ignominiam compenſat*, quam conjecturam relinquo Criticis. Quod autem Tholoſanus iſtam reſponſionem, & per eam Ulpiani verba declarare opinatur ex *l. 10. §. 2. de compenſat. & l. 39. ſolut. matrim.* non aſſentior ob modo dicta, quia paria delicta quidem compenſantur, ſi duæ ſint perſonæ delinquentes; At hic unus ſaltem delinquit & raptor nimirum; alter delinquens deficit.

XXI.

Hæc pro Ulpiano ejusque mente dicta ſufficiant. Audiamus & Paulum in *l. 82. §. 2. de furtis*, de iisdem quæſtionibus differentem. Ubi initio repetendum, deſumptam eſſe *d. l. 82. ex libro ſecundo receptarum ſententiarum Pauli*, ex quibus ſunt fragmenta illa, quæ cum doctiſſimi Jacobi Cujacii interpretationibus adhuc hodie circumferuntur, vid. Eberlin. *de O. J. cap. 52. n. 30. p. 529.* Jam ſi horum fragmentorum *tit. 31. lib. 2.* qui de furtis agit, evolvamus, deprehendemus nullum veſtigium in eo *principii & §. 1. d. l. 82.* Paragraphus vero ſecundus qui eſt in *d. l. 82.* eſt *§. 11. in d. tit. 31. fragmentorum* cum variatione tamen initio notata. Imo & *§. ultimus d. l. 82.* reperitur *in d. tit. 31. §. penult. fragmentorum.* Sed & ibi verba quædam aliter ſonant, quam in *d. l. 82.* ſcilicet hunc in modum: *Qui tabulas cautionesve ſurripuit*, (lex 82. *ſurripuerit*) *in adſcriptam ſummam furti actione tenebitur. Nec intereſt* (lex 82. *refert*) *cancellatæ nec ne ſint, quia ex his debitum diſſolutum intereſt comprobari* (lex 82. *quia ex his debitum magis ſolutum eſſe comprobari poteſt.*) Cum igitur non conveniat fragmentis cum textu *legis 82.* maxime, ut ſupra recenſitum, quoad lectionem *§. 2. l. 82.* quam lectionem putabimus magis ad mentem Pauli eſſe? Hic forte ante omnia conſiderandum foret, unde hæc fragmenta ſententiarum Pauli ad nos pervenerint? & qui eveniat, ut *d. l. 82. principium & §. 1.* ibidem plane non deprehendamus, *paragraphum 2.* vero & *3.* inſuper ita diſperſos? Sed quemadmodum his meditationibus jam diutius vacare non eſt otium, ita tamen dubito lectionem fragmentorum præferre lectioni *legis 82.* quia norunt eruditi & in confeſſo eſſe arbitror, Tribonianum in conſarcinatione centonum ex JCtis antiquis collectorum ſæpiſſime arbitrium ſibi ſumſiſſe textus eorum pro lubitu corrigendi (jure an injuria jam non diſquiro) ita ut exinde acutiſſimus Wiſſenbachius argumentum peculiaris libelli elegerit, ſub titulo: *Emblemata Triboniani:* in quo inter alia duplex ſpecimen nobis exhibet ad opinionem noſtram perquam faciens, conferendo nimirum *pag. 339. legem 14. ff. de ſtatu hom. ex lib. 4. ſentent. Pauli* cum *fragmentorum lib. 4. tit. 9. §. 2. & 3. p. m. 73. & p. 398.* legem *ſi quis aliquid 38. §. 8. ex lib. 5. ſentent. Pauli* excerptam cum *fragmentorum lib. 5. tit. 25. §. 7. p. 93.* ac ſimul oſtendendo, quam in dictis textibus & ob quam cauſam Tribonianus verba Pauli vel caſtraverit, vel aliquid eisdem addiderit. Idem ergo ſuſpicor factum eſſe in præſenti loco *lib. 2. fragment. tit. 3. §. 11.*

XXII.

QUI MERETRICEM, inquit Paulus, LIBIDINIS CAUSA RAPUIT ET CELAVIT, EUM QUOQUE FURTI ACTIONE TENERI PLACUIT. Vides aperte hic a Paulo contradici ſententiæ Ulpiani. Cæterum tamen hæc contradictio duplicem poteſt habere ſenſum. Nam & Ulpiani theſis in *l. 39. de furt.* & Pauli antitheſis *h. l.* conceptæ ſunt indefinite. Indefinitæ vero propoſitiones, pro diverſitate materiæ ſubſtratæ, uti ex Logicis notum eſt, poſſunt fieri vel univerſales, vel particulares. Jam ſi Ulpiani verba conſideremus, videtur is in mente habuiſſe propoſitionem univerſalem negativam, quod NULLUS, qui ancillam meretricem libidinis cauſa rapuerit, furti teneatur, quia rationem aſſertionis ſuæ in τῷ libidinis cauſa rapere ponit. At quia Paulus rationem ſuæ contradictionis non apponit, inde neſcias; an indefinita ejus æquipolleat propoſitioni affirmativæ univerſali an particulari, præprimis cum per utramque recte contradicamus propoſitioni univerſali negativæ. Cogitemus ergo, quæ ſecundum utrunque ſenſum pro Paulo contra Ulpianum diſputari queant.

XXIII.

Et *primo* quidem ea ſit Pauli opinio, OMNEM qui

qui libidinis cauſa meretricem ancillam (nam quamvis ancillam non nominet, ſed meretricis ſaltem faciat mentionem, probabile tamen eſt, eum non quamvis meretricem innuere, ſed ſervam ſaltem, quia furti meminit in ſequentibus, quod in libero homine non committitur) rapuerit aut celaverit, furti teneri, dubitavit forte, an recte ab Ulpiano in *dict. l. 39.* opponatur animus lucrifaciendi animo libidinis. Notum quippe eſt in materia delictorum vocem lucri communi loquendi uſu ſupponi multis modis, ita ut non ſolum 1. ſtrictiſſime lucrum ſentire dicatur delinquens, ſi a læſo bona fortunæ ad ſe tranſtulerit, uti in rapina, ſed & 2. ſi bona fortunæ perdiderit ſaltem, tam æſtimabilia, uti in damno Legis Aquil. (hic enim lucratur quod poteſtatem ſibi ſumſerit res alienas perdendi) quam 3. inæſtimabilia, ut in homicidio, ſtupro &c. (ubi eſt eadem ratio. Conf. quæ dixi *in Philoſophia Juris §. 90. & ſeq.*) Vel ita dicendum: Delinquentem ſentire lucrum aut late, & improprie, quoties læſo damnum dat circa bonum aliquod, etſi ex bono iſto nullam utilitatem ipſe lædens percipiat, ſed ſolam voluptatem; aut ſtricte & proprie, ut non ſolum damnum ſentiat læſus, ſed ex læſione inſuper præter jucunditatem, vel etiam absque hac utilitas aliqua in lædentem redundet. Jam quidem certum eſt: Lucrum in definitione furti pro proprio iſto ſumi, non pro improprio, & in eo potiſſimum eſſe differentiam inter damnum Legis Aquil. & furtum, *arg. l. 41. §. 1. ad l. Aquil.* ſed interim tamen non ſtatim certum eſt ac indubitatum, in quo præciſe lucri, quod furtum facit, conſiſtat eſſentia, ut non videatur operam perdere, qui de eo accuratius cogitaverit, quod mihi jam non licet. Sic *v. g.* etſi fur non ſit, qui me præſente perdit rem meam, aut etiam abſente me eandem corrumpit, modo tamen eandem non transferat ad ſe; ita nullus dubito, quin is fur maneat, qui rem meam clanculum ad ſe jam translatam, poſtea ſponte corrumpit. An & depoſitarius, aut creditor fur erit, rem depoſitam vel oppignoratam dolo malo corrumpens? Porro & utilitas, quam ex rebus alienis ſentio, varia eſt, modo enim denotat utilitatem rei donatione iterum compenſatam, modo ſimplicem absque compenſatione, modo utilitatem ſuperfluam, modo ſumme neceſſariam ad vitæ ſuſtentationem. In materia contractuum notum eſt, illos contractus demum dici lucrativos, ubi alter nullam rurſus a me accipit utilitatem, reliquos vero, etiamſi & ipſi utilitatem aliquam utrinque afferant, nuncupari oneroſos. At in furto lucrum eſt, etſi ei, cui modo centum donaveram, decem clanculum auferam. In quæſtione de moralitate ablationis annonæ alienæ, in caſu neceſſitatis, dixi *annot. ad init. th. hujus 5. p. 213.* quoſdam Moraliſtarum illum actum ideo excuſare, quod non fiat lucrifaciendi gratia, ſed ſaltem ad vitam ſuſtentandam, quaſi in materia furti lucrum ſumatur ſaltem de ſuperfluo, quod falſum eſt: Nam æque fures ſunt, qui rerum ablatarum indigent, quam qui opibus abundant, quamvis in his major ſit peccandi pruritus, quam in illis. Denique ad quæſtionem noſtram omnium maxime videtur facere diſtinctio, quod utamur bono vel ut mere jucundo, vel ut mere utili, vel ut mixto. Cujus diſtinctionis uſus in materia furti, ut percipiatur eo melius, ita pro Paulo contra Ulpianum diſſero: Is, qui meretricem ancillam alienam rapit libidinis cauſa, ideo quia libidinis cauſa rapit, fur eſt; rapit enim ut ea libidinoſe utatur: At qui rem aufert, ut ea utatur, habet animum lucrifaciendi; qui animum lucrifaciendi habet, ille, (ſi reliqua furti requiſita adſint, prout hoc loco præſupponimus,) fur eſt. Nec eſt quod dicas; imo vero, impurus iſte homo ancilla non utitur, ſed abutitur. Imo vero, inquiet Paulus, non abutitur, & ſi vel maxime abutatur, tamen propterea fur eſſe non deſinit. Non abutitur, quia utitur ea ad eum finem, ad quem deſtinata erat a domino, præſuppoſuimus enim caſum de ancilla meretrice. Etſi vel maxime ancilla iſta fuerit non meretrix, tamen & ille ſubreptor, qui re abutitur, hoc eſt ad alium finem, quam vel dominus vel natura eam deſtinavit, utitur, fur eſt, (unde obiter vides, ſive ſtatuas eum, qui libidinis cauſa ancillam rapuit, furem eſſe, ſive non eſſe, inter ancillam meretricem, & non meretricem nullam eſſe differentiam.)

XXIV.

Verum non obſtante hoc argumento ad explicationem mentis Paulinæ prolato, pro Ulpiani ſententia reſponderi poteſt, falſum eſſe, quod omnis ille, qui rem alterius rapit, ut ea utatur, furtum committat, cum ſecundum diſtinctionem allatam modus utendi omnino ſit ſecernendus. Is enim, qui rem aufert, v. g. pecuniam, eum in finem, ut iſta utatur, tanquam bono mere utili ad uſus ſcilicet vitæ, vel ad incremen-

mentum bonorum, haud dubie fur eſt. Deinde nec is, qui rem meam aufert, ut iſta utatur, tanquam bono partim jucundo, partim utili, e furum numero venit eximendus. Neque hic refert, an ipſius intentio primaria reſpiciat utilitatem, an jucunditatem, modo bonum ipſum, quod aufertur, primario ad uſum, non ad jucunditatem ſit deſtinatum: cujus rei exemplum propono in illo, qui rem valde mihi caram contumeliæ cauſa aufert eamque detinet. Etſi enim hujus primaria intentio ſit, ut ex contumelia hac jucunditatem ſentiat, tamen ſi bonum, quod abripit, principaliter ad utilitatem ſit deſtinatum, (h. e. ſi pretium ejus bona mea augeat, ſi id detineam,) ideo non magis a furto liberabitur, ac ille, qui ſaccum pecuniæ plenum abripiens, furti etiam ſacci nomine tenetur, etſi primaria ejus intentio non ſit ſacci abripiendi, *vid. l. 77. ff. de furt. & Autorem hac th.* Notum equidem eſt mihi, communiter Doctores in explicanda definitione furti ad verbum: *lucrifaciendi cauſa:* commentari ſolere, ablationem rei alienæ fraudulosam, ſi alia intentione fiat, in aliud genus delicti cadere, & v. g. ſi contumeliæ cauſa, injuriam eſſe, eamque in rem adduci legem ipſius Pauli *53. pr. ff. de furt.* in qua JCtus eum, qui *injuriæ cauſa* januam effregit, quamvis inde per alios res amotæ ſint, a furti crimine abſolvit. Vid. ex pluribus Vinn. *in not. ad §. 1. Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.* Sed quia hic textus per ea, quæ jam ſupra *p. 116.* obſervavimus, ſpeciali ratione nititur, ideo nollem ex eo regulam generalem extruere, & ejus deciſionem ad illum, qui contumeliæ cauſa rem meam ipſe ſubripit, apparente ſat craſſa diverſitate a caſu *d. l. 53.* applicare. Alia ratio eſt ejus, qui libidinis explendæ cauſa ancillam alienam meretricem ſubripit. Hic enim, ſi non intentionem habeat ancillam in bonis detinendi, ſed expleta libidine domino reſtituendi, ancillam abſtulit, ut ea utatur non tanquam bono utili, ſed tanquam bono mere jucundo, & propterea nec ejus intentio fuit, ut lucrum exinde faceret, ſeu bona ſua pretio ancillæ augeret, & conſequenter furtum in ea non commiſit. Eadem iterum eſt ratio, etiamſi ancilla non ſit meretrix. Quamvis enim hic accedat deterioratio aliqua in corpore ancillæ, & fortaſſe etiam in ejus pretio, tamen quia propterea nullum lucrum acceſſit bonis raptoris, nec hæc actio ad furtum pertinebit, ſed propter deteriorationem raptor Lege Aquilia tenebitur. Hæc de primo intellectu verborum Pauli.

XXV.

Venio ad *alterum* eumque particularem. Poterunt enim eadem & ita intelligi, ut ſenſus eorum ſit iſte, quod QVIDAM, qui ancillam meretricem libidinis cauſa rapuerit, aut celaverit, furti teneatur. Ad hujus ſententiæ veritatem oſtendendam poterunt adverſus reſponſionem, explicationi ſenſus univerſalis datam, ſequentia urgeri. Concedet itaque Paulus Ulpiano, eum, qui ancillam meretricem libidinis cauſa rapuit, furem non eſſe, ſi *ſcilicet habeat ſimul intentionem, eandem libidine expleta, domino reſtituendi:* At vero, inquiet Paulus, non omnis, qui ancillam meretricem libidinis cauſa rapit, de reſtitutione ſimul cogitat. Non ergo debebat Ulpianus verba ſua ita generaliter ponere, ſed limitationem iſtam *d. l. 39.* inſerere. Quid enim ſi is, qui ancillam ſubripuit, intentionem habeat ea ad longum tempus utendi, nec de reſtitutione cogitet? Hic ſane æque videtur furti teneri ob ancillam ſubreptam, ac ille, qui ob ſaccum ſurreptum furti teneri dicitur in *d. l. 77. ff. de furt.* Quemadmodum enim hic poſterior ſecundum explicationem Autoris in theſi, habet intentionem, ſaltem ſecundariam, ſacci lucrandi, ita & illius primaria quidem intentio erat expletio libidinis, ſed ſecundaria tamen ſimul retentio ancillæ, & per conſequentiam tendit ad retentionem ancillæ, & per ejus pretium bona ſubreptoris augentur; adeoque ſubripuit ancillam, ut ea utatur, tanquam bono jucundo ſimul & utili, qualem intentionem diximus modo, ad furti conſtitutionem ſufficere. Eadem ratio erit iterum in ancilla non meretrice, libidinis cauſa rapta. Imo ne quidem ad ſententiam Pauli tuendam videtur opus eſſe, ut ſubripiens non habeat animum reſtituendi ancillam. Quid ſi enim quis ancillam, ſeu meretricem ſeu non meretricem, rapuerit cum duplici intentione primaria, una libidinis explendæ, altera lucrifaciendi, *v. g.* ut æque libidinem ſuam expleat, quam bona ſua augeat, aut certe non diminuat? Finge, Titium ancillæ fruendæ deſiderio flagrare, nolle tamen domino ancillæ eandem lenocinanti, mercedem petitam ſolvere, ſed ſubripere ancillam cum intentione æquali & ſtuprandi ancillam & mercedis lucrandæ cauſa. Non video, cur hujusmodi raptor a crimine furti ſit excuſandus, quamvis in

Digitized by Google

in hoc caſu, ſi actio furti ſit inſtituenda, non videatur duplicandum aut quadruplicandum pretium ancillæ, ſed mercedis interceptæ. Si igitur hæc mens fuerit Pauli *in dict. loc. 5. ſentent. tit. 31. §. 11.* tantum abeſt, ut ab ejus ſententia recedendum putem, ut potius iſtas duas limitationes, (ſcilicet tum demum raptorem libidinoſum ancillæ, meretricis ſeu non meretricis, a furto excuſari, ſi habeat intentionem eandem libidine expleta domino reſtituendi, nec ſimul intendat interceptionem mercedis a domino lenone deſideratæ,) ſententiæ Ulpiani in *dicta lege 39. de furt.* addendas arbitrer, & mediantibus iis (de quibus forte Ulpianus tum temporis non cogitavit quidem, ſed tamen ſi cogitaſſet, easdem probabiliter addidiſſet,) Ulpianum cum Paulo conciliare.

XXVI.

Jam quid Tribonianus fecit? Hic cum *l. 82. ff. de furt. ex libro ſecundo ſentent. Pauli* excerperet, & in prolata verba incideret, & nimis recens recordatio eſſet eorum, quæ quoad iſtam quæſtionem ex Ulpiano collegiſſet in *l. 32. de furt.* quibus prima fronte ſententia Pauli non videbatur congruere, ne fruſtra in præfatione Pandectarum gloriaretur, nihil diſſonum in iisdem reperiri, cogitavit, quomodo interpolatione quadam antinomiæ iſti ſuccurrendum eſſet, & cum in *l. 32.* videret, Ulpianum non ſolum libidinis mentionem injicere, ſed & de ancilla meretrice loqui, de genuina ratione deciſionis parum ſollicitus, ſufficere putavit, ſi aliqualem ſaltem differentiam inter textus hos faceret, & ita in textu Pauli ex meretrice fecit NON meretricem, male propterea de ingeniis noſtris meritus, nosque revera miſeros & bis terque miſeros reddens, quod ipſius culpa inter ſcopulos jactemur, ut de eo in ſimili cauſa conqueruntur Franciſc. Hottomannus *3. obſ. 9.* & Franciſcus Balduinus *lib. 2. Juſtiniani p. 113.* citati a Wiſſenbachio *in fine emblematum Triboniani.* Neque contentus hac intercalatione, cum in *d. l. 32.* recordaretur, Ulpianum ibidem una fidelia adhuc alium parietem dealbaſſe, & ex eodem principio ejusmodi raptorem ancillæ meretricis, e crimine plagii abſolviſſe, ut & *ζεῦγμα* ſuum de ancilla non meretrice ulterius extenderet, addidit textui Paulino & hujus quæſtionis deciſionem, de qua tamen Paulus ibidem ne quidem cogitaverat, ſcilicet ſuppreſſorem ancillæ non meretricis pœna legis Fabiæ teneri. Nam ſi ſecundum mentem Pauli ad quæſtionem iſtam reſpondendum fuiſſet, dixiſſet equidem, ſubreptorem & ancillæ meretricis, & non meretricis, lege Fabia teneri, argumento eorum, quæ in antecedentibus diximus. Si enim ex ſententia Pauli omnis raptor ancillæ libidinis cauſa, fur eſt, ſequetur, ut & ſit plagiarius, quia ſupra demonſtratum, illum furem ſervorum ſaltem a crimine plagii eximi, qui conſilium nullum dederit. Sin vero Pauli opinio fuerit, quod quidam raptor libidinoſus ancillæ, furtum committat, tunc ſecundum duplicem hujus explicationis caſum, diverſimode etiam ad quæſtionem de plagio eſſet reſpondendum. Is, qui animo non reſtituendæ ancillæ eandem libidinis cauſa ſubripuit domino, quia iterum eſt fur ancillæ, erit quoque plagiarius. At is, qui ancillam libidinis cauſa rapit cum intentione eam quidem domino reſtituendi, ſed intercipiendæ tamen ſimul mercedis poſtulatæ, is plagiarius non erit, etſi fur ſit, quia furtum non committit in ancilla, ſed in mercede intercepta, at plagium eſt furtum hominis.

XXVII.

Nihil reſtat, quam ut reſpondeamus doctiſſimo Tabori, lectionem communem *d. l. 82. §. 2.* & ita diſtinctionem inter ancillam meretricem & non meretricem defendenti. Ita autem inquit *Racemat. 3. ad tit. de furt. §. 16. p. 99. Nos veterem diſtinctionem probamus inter ancillam meretricem, & non meretricem, quam tradit Scholiaſtes lib. 60. Eclog. cap. 76. p. m. 528. laudat Cujacius ad Paulum 2. ſent. 31. §. 10. eleganterque declarat ipſe Bachovius ad Weſenb. hic, num. 6.* Sed huic declarationi Bachovianæ jam ſupra reſpondimus. Latius hanc opinionem ſuam vir Conſultiſſimus illuſtrare allaboravit, *ibid. in Indice Legum tituli ff. de furt. ad d. l. 82. §. 2. pag. 232.* Nos ipſius verba recenſentes, brevitatis ſtudio immiſcebimus ſtatim per modum parentheſeos, reſponſionem aut declarationem noſtram. *Quamvis enim*, inquit, *ex fine & intentione, delicta cumprimis æſtimentur:* (atque ita etiam raptus ancillæ non meretricis libidinis cauſa factus, videatur a furti crimine eximendus, *arg. l. 39. pr. de furt.*) *quia tamen finis duplex hic occurrit, initio ſubluendi eam, quam ſine corruptione & damno domini ſubducere quis non poſſit, deinde intentio flagitium committendi venereum, æquum certe eſt, domino utilioris actionis compendium non invide-*

 ri.

ri. (Per utiliorem actionem hic actionem furti haud dubie intelligit, eamque non ex intentione flagitium venereum committendi derivat, alias enim & raptor ancillæ meretricis fur eſſet, contra *d. l. 39. pr. h. t.* ſed EX INTENTIONE SUBDUCENDI EAM, QVAM SINE CORRUPTIONE ET DAMNO DOMINI SUBDUCERE QVIS NON POSSET. Singula verba hic conſideranda. INTENTIO SUBDUCENDI nuda, non poteſt cauſa eſſe furti, quia alias iterum raptorem ancillæ meretricis crimini furti ſubjiceret. Quod vero ſubductio hæc non poſſet fieri SINE CORRUPTIONE ancillæ non meretricis, illud initio non caret dubio. Aut enim loquitur de corruptione corporis, aut de corruptione animi. Si prius, nova iterum diſtinctione opus eſſet, inter ancillam non meretricem, virginem, & non virginem: In hujus corpore nulla corruptio timenda, ſecus in illius. Si poſterius, certum eſt iterum, ſi illa ancilla non meretrix vi ſtupretur a raptore, non corrumpi ejus animum, cum non aſſentiatur delicto. Deinde etſi demus, illam ſubductionem fieri nunquam poſſe ſine corruptione animi & corporis, corruptio tamen ſervorum alienorum non producit furti actionem, ſed vel Legis Aquiliæ, vel ſervi corrupti. Idem reſponderi poteſt ad id, quod dicitur, ſubductionem non poſſe fieri absque DAMNO DOMINI. Nam & hoc loco quæſtio ſecundum modo memoratam diſtinctionem definienda. Si ancilla non meretrix fuit virgo, diximus quidem corrumpi ejus corpus, ſed hic inquirendum foret in Romanis antiquitatibus, an ancillæ virginis majus fuerit pretium, quam non virginis? tum tamen dicendum, domino propter ejusmodi depretiationem jam ſuccurri per actionem legis Aquiliæ. In non virgine, cum quoad corpus non corrumpatur, nec quoad corpus damnum ſentiet dominus, nec, ex rationis identitate, damnum ſentiet dominus quoad animum, ſi vi ſtupretur ancilla rapta. Quod ſi poſt raptum in ſtuprum conſentiat, damnum quidem ob animi deteriorationem ſentit dominus, ſed hic tamen ipſi jam per actionem ſervi corrupti fuit conſultum, ut & priore caſu, ſi vi ſtuprum paſſa fuerit, *arg. §. ſed etſi. 8. Inſt. de obligat. quæ ex del. naſc.* Si vero illud damnum intelligat D. Tabor, quod dominus cogatur interim carere operis ancillæ, donec raptor libidinem ſuam in ea expleverit, & reſpectu hujus habebit actionem legis Aquil. utilem, aut ad intereſſe. Ut taceam, hujusmodi damnum etiam adeſſe in rapta ancilla meretrice; Breviter: damnum læſi absque lucro lædentis, nunquam producit actionem furti.) *Sufficit enim hoc verum eſſe, quod furtum revera commiſſum ſit, d. l. 39. ibi: non factum.* (Sed veritas hujus aſſertionis per *d. l. 39.* non probatur: etſi enim ibi dicatur, in furto non factum, ſed intentionem conſiderari debere, oſtendimus tamen modo, intentionem in raptu ancillæ non meretricis, non magis facere furtum, quam in raptu ancillæ meretricis.) *Nec poteſt animus lucrifaciendæ ancillæ plane excludi ab eo, qui aliter ancillæ non meretricis, illicita conſuetudine potiri vix potuerit, facit l. 77. hic.* (Imo poteſt excludi, ſi modo habeat animum, ancillam non retinendi in bonis ſuis, ſed expleta libidine reſtituendi domino. Aut ſi hunc non habeat raptor, oſtendi in antecedentibus, & raptorem ancillæ meretricis pro fure habendum. Quod autem lucrum libidinis non niſi per raptum impletæ concernit, & illud ſupra probatum fuit, lucrum boni jucundi mere talis, in furto non conſiderari. Denique *l. 77. de furt.* huc non facit. Nam ibi is, qui propter ſaccum ſimul furti tenetur, etſi non habuerit animum principaliter ſacci furandi, habet tamen pro furto ſemel commiſſo animum ſacci non reſtituendi; at hic raptor ancillæ non meretricis, habet animum reſtituendæ ancillæ. Porro ibi de facto principali conſtabat, quod ſit furtum, hic de facto principali movetur quæſtio. Ultimo: eo argumento, quo *ex d. l. 77.* aliquis concludere volet, raptum ancillæ non meretricis eſſe furtum, concludemus etiam, raptum ancillæ meretricis furtum eſſe, & ſic iterum diſtinctio inter ancillam meretricem & non meretricem corruet.) *Certe uſum honeſtæ mulieris ſurripiens domino, compendium quotidianum intervertit, Cud. de cond. furt. c. 52. n. 67.* (Atqui hæc ratio non probat animum lucrifaciendi ex parte lædentis, ſed ſaltem damnum ex parte læſi, quod modo rejectum. Et idem damnum reſpectu domini eſt, eademque injuria reſpectu damnum dantis, an intervertatur uſus mulieris honeſtæ, an inhoneſtæ.) *ſibique mercedem victimæ miſerabilis, ex uſu impiorum hominum & ad Stygis ſupplicia damnatorum ſolvendam, l. 4. §. 3. de cond. ob turp. cauſ. fur lucrifacere nititur.* (Hæc locutio quemadmodum paululum obſcura eſt, ita lucrum, quod hic deſcribitur, figura non caret, quale in furto non quærimus, ſed proprie

Digitized by Google

prie dictum. Si enim ejuſmodi lucrum, quale hic deſcribit Dn. Tabor, furtum faceret, ſequeretur, & homicidia, & veneficia, & in genere omnia crimina ſive a nobis ipſis perpetrata, ſive ab aliis inſtinctu noſtro, furtorum nomine venire, quia tum verba Dn. Taboris, quocunque modo ea explicentur, eodem modo, quo ipſe ad caſum præſentem aptat, iis adaptari poſſent.) *Secus ac in ancilla meretrice, ubi in ipſo etiam ſovente ancillas tales, quædam facti ignominia vertitur, d. l. 39. in fine hic.* (Eſto, differre dominum ancillæ meretricis & non meretricis, illumque aliquo modo pro infami haberi, quamvis id ex *d. l. 39.* ut ſtatim videbimus, non probetur, tamen hæc differentia nihil ad raptum ancillæ meretricis. Et quamvis exinde concludere velis, dominum ancillæ non meretricis digniorem eſſe actione aliqua domino ancillæ meretricis, tamen neque iſtam conſequentiam facile concederem, quia de actionibus civilibus, qualis eſt etiam furti actio, jam ſumus ſoliciti, quæ haud dubie ſpectant ad Juſtitiam commutativam: Juſtitia vero commutativa non habet reſpectum perſonarum, neque, ſi vel maxime concederem, conſequentia iſta quicquam faceret ad quæſtionem præſentem, cum jam non quæratur, an dominus ancillæ non meretricis dignior ſit præ domino ancillæ meretricis actione aliqua; ſed, an rapiens ancillam meretricem diverſum delictum committat ab eo, qui rapit non meretricem? adeoque non qualitatem actoris, ſed rei conſideramus. Neque Ulpianus in *l. 39. h. t.* rationem deciſionis ab indignitate domini deſumit, ſed ex mera rapientis intentione, quod libidinis cauſa rapuerit. Provocat equidem Vir doctiſſimus ad verba finalia *dict. l. 39.* SED QVIA SECUM FACTI IGNOMINIAM COMPENSAT, CERTE FUR NON EST, quæ hoc loco ita explicare videtur, ac ſi eorum ſenſus ſit: raptorem ancillæ meretricis ideo non eſſe furem, quia propriam facti, ſcil. raptus, ignominiam compenſaret cum ignominia facti dominici, quod ſcilicet is meretrices foviſſet. Sed quemadmodum jam ſupra aliam Dn. Taboris, Petrum Gregorium ſecuti, explicationem ad *d. l. 39. verba prolata*, eamque meliorem recenſuimus, ita hanc explicationem, qua facti ignominia ad dominum ancillæ refertur, non tolerat vocabulum SECUM, quod expungendum, & ejus loco ita legendum foret: Sed quia CUM DOMINO facti ignominiam compenſat, quod eſſet audacter nimis textum *d. l. 39.* corrigere.) *Utcunque enim H. Grotius in not. Judaizantibus ad cap. 2. Jobi verſ. 1. ſcribat: Meretricium vitæ genus eo tempore apud quasdam gentes vile magis, quam flagitioſum habitum fuiſſe, cum alia longe fuiſſet Hebræorum etiam ante legem diſciplina, Gen. 38. verſ. 24. (Quomodo ſane apud Corinthios & Babylonios quondam fuerunt fana Veneris ita opulenta, ut plures quam mille habuerint ſacrorum famulas meretrices, quas Veneri viri mulieresque dedicaſſent, ut Herodot. lib. 1. Strabo lib. 8. Suidas in verb.* διαγράμμα, *aliique poſt hos prodidere.) Romani tamen meretriciam conſuetudinem turpitudinis probro palam notarunt, l. probrum. 41. cum ſeqq. d. R. N. l. idem. 4. §. ſed quod. 3. ibi: illam turpiter facere quod ſit meretrix. de cond. ob turp. cauſ. l. ult. C. ſi mancipium ita venierit, Novell. 14. Harmenop. lib. 2. tit. 4. In honeſtorum virorum prædiis, (quæ ipſi locaverant ad alium finem,) lupanaria exerceri indigne tulerunt, l. 27. in fin. de hered. pet. ubi Sabart: ipſis ignaris. Nam gnari talium turpitudinum vix poſſent dici honeſti viri, per l. 15. de condit. inſtit. quippe cum ejusmodi factum infamare ſoleat, l. 1. ibi: qui lenocinium. l. 4. §. 2. de his, qui not. inf. l. 8. & ſeqq. ad L. Jul. de adult.* (Quæ hic prolixe de infamia lenonum afferuntur, quemadmodum neſcio an etiam recte ad dominos lenones ancillarum ſuarum applicentur, cum textuum allatorum nullus probet, lenocinia ejusmodi punita fuiſſe, & ſi otium permitteret, forte ex Antiquitatibus Romanis facile doceri poſſet, lenocinia ancillarum propriarum in Republ. Romana tempore Ulpiani & Pauli non ſolum tolerata, ſed & cæteris paribus, permiſſa fuiſſe, ita ad quæſtionem præſentem per ſup. dicta parum conducunt, ut opus non ſit in eorum disquiſitione accuratiore ut nos detineamus.) *Et hæc forſan illis, quæ Bachovius ad Weſenbecium hic n. 6. notat, videbantur eſſe præferenda. Adde Mornac. ad l. probrum. 41. de R. N. ubi de uſu hodierno, an is, qui meretricem rapit, pœna l. un. C. de rapt. virg. teneatur, late diſſerit Th. Marcell. ad §. 1. Inſt. hic p. 556.* (Atqui Bachovii illam declarationem Noſter ſupra elegantem eſſe dicebat, jam quod acceptamus, ejus impertinentiam tacite confeſſus. Quæſtionem, An raptor meretricis pœna *legis un. C. de rapt. virg.* teneatur? ſatis accurate etiam tractat Ant. Matth. *l. 48. tit. 4. c. 2. n. 4. p. m. 447. ſeqq.)*

Digitized by Google

XXIIX.

Quæ hactenus circa *l. 39. & 82.* de furtis diſſeruimus, illis non minimam lucem accedere arbitror *ex l. 6. in pr. ff. ad L. Jul. de adult.* INTER LIBERAS TANTUM PERSONAS, inquit ibi Papinianus, ADULTERIUM STUPRUMVE PASSAS, LEX JULIA LOCUM HABET, QUOD AUTEM AD SERVAS PERTINET, ET LEGIS AQUILIÆ ACTIO FACILE TENEBIT, ET INJURIARUM QUOQUE COMPETIT, NEC ERIT DENEGANDA PRÆTORIA QUOQUE ACTIO DE SERVO CORRUPTO: NEC PROPTER PLURES ACTIONES PARCENDUM ERIT IN HUJUSMODI CRIMINE REO. Item *ex lib. 2. ſentent. Pauli tit. 26. §. antepen. p. m. 52.* ANCILLARUM SANE STUPRUM, NISI DETERIORES FIANT, AUT PER EAS AD DOMINUM AFFECTET, CITRA NOXAM HABETUR. Ubi quidem vaſtum iterum ſe offert diſſerendi pelagus, quid adducto Pauli loco ſignificet AD DOMINUM AFFECTARE, & an forte legendum, AD DOMINIUM? quid item ſignificet hoc loco, CITRA NOXAM HABERI?

ANACEPHALÆOSIS
EORUM, QUÆ SUPERIORIBUS
LIBRIS CONTINENTUR,
QUATENUS
ab uſu temporum non abhorrent.

LIB. I.

Haud abs re erit, quæ ſuperioribus Libris fuſius expoſita ſunt, heic uno adſpectu, quaſi per indicem, ob oculos collocare.

1. Studium juris eſt, vel theoreticum vel practicum. Theoreticum conſiſtit in notitia legum & quæſtionum; Practicum in applicatione legum ad certas facti ſpecies.

2. Theoria juris petenda eſt ex libris a Juſtiniano relictis, præter ſtatuta ſingularum gentium, quæ potius ad theoriam, quam ad praxin referenda ſunt.

3. Libri juris Juſtinianæi ſunt quatuor, Inſtitutiones, Pandectæ, Codex, & Novellæ.

4. Inſtitutiones exhibent compendium reliquorum, niſi quod in Novellis jus recentius eſt.

5. Primus tit. Inſtitutionum agit de Juſtitia, quæ eſt finis juris.

TIT. I. *De Juſtitia & Jure.*

6. Definitur hæc: Conſtans & perpetua voluntas, jus ſuum cuique tribuendi, *in princ. h. t.*

7. Jus ipſum definitur, ars boni & æqui, *l. 1. in pr. ff. de juſt. & jur.*

8. Ab eo non differt juriſprudentia, quæ pluribus verbis dicitur, Divinarum atque humanarum rerum notitia juſti ac injuſti ſcientia, *§. 1. h. t.*

9. Præcepta juris tria feruntur: honeſte vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere, *§. 3. h. t.*

10. Diviſio prima juris eſt, quod ſit publicum vel privatum, *§. ult. h. t.*

11. Publicum eſt, quod ad ſtatum Rei Romanæ, aut alterius reipublicæ pertinet, *d. §. ult.*

12. Idque conſiſtit in juribus Majeſtatis, & omni adminiſtratione pacis ac belli.

13. Jus privatum eſt, quod ad ſingulorum utilitatem ſpectat, *d. §. ult.*

14. Hoc conſiſtit in privatis civium controverſiis decidendis.

15. Utrumque, ſed maxime privatum jus, collectum eſt, ex triplici fonte juris, naturalis, gentium, & civilis, *d. §. ult.*

TIT. II. *De jure naturali, gentium & civili.*

16. Jus naturæ eſt, improprie, quod natura omnia animalia docuit, *princ. h. t.*

17. Sed proprie eſt dictamen rectæ rationis, quo ſcimus, quid turpe, quid honeſtum, quid faciendum, quid fugiendum ſit.

18. Huc pertinet ordinata maris & feminæ conjunctio, ſobolis procreatio, educatio, defenſio ſui corporis, & omnis diſcretio turpis ac honeſti.

19. Jus gentium eſt, quod ex naturali ratione, docente uſu ac neceſſitate rerum, inter homines conſtitutum eſt.

20. Huc

Digitized by Google

20. Huc pertinent imperia, dominia, jura belli, teſtamenta & plerique contractus, *§. 1. & 2. h. t.*

21. Jus civile eſt, quod quilibet populus liber ſibi peculiare conſtituit, *d. §. 2. in princ.*

22. Liber populus eſt, qui non agnoſcit ſuperiorem, ſive ab uno, ſive a pluribus regatur.

23. Nam jus, quod faciunt populi habentes ſuperiorem, id non civile, ſed municipale vocatur.

24. Per excellentiam autem ſolum jus Romanum dicitur civile; reliquarum gentium jura, licet vere civilia, tamen ſtatuta plerumque appellantur.

25. Dividitur jus civile in purum & mixtum.

26. Purum, quod a certa gente peculiariter eſt repertum, aliisque ignotum, quo pertinent variæ Leges & Secta.

27. Mixtum, quod origine eſt juris gentium, ſed addito aliquo, vel detracto, aut mutato, fit juris civilis, *l. 5. ff. de juſt. & jure b. t.* ut dominia & plerique contractus.

28. Rurſus dividitur jus civile, in ſcriptum, & non ſcriptum.

29. Jus ſcriptum dicitur una voce Lex; Jus non ſcriptum Conſuetudo.

30. Lex eſt generale præceptum ſummæ poteſtatis, honeſtati conveniens, omnesque ſubditos ad parendum obſtringens.

31. Species juris ſcripti, apud Romanos erant ſex; nempe Lex, Plebiſcitum, Senatus-conſultum, Principum placita, Magiſtratuum edicta, Reſponſa prudentium, de quibus in *§. 3. & ſeqq. usque ad §. 9. h. tit.*

32. At hæ ſpecies hodiernis temporibus nullum habent uſum, ſed una pro omnibus, lex ſive placitum ſummæ poteſtatis, fungitur.

33. Conſvetudo eſt jus, quod tacito populi conſenſu, ſine ſcriptura vim obligandi accepit, *§. 9. h. t.*

34. Vim habet parem cum lege, modo hæc tria requiſita adſint: 1. Si conſvetudo ubique in Republica recepta ſit. 2. Si juſta & honeſta. 3. Si certa ſit.

35. Ad certitudinem requiritur: 1. Diuturnitas temporis. 2. Frequentia actuum; utraque ſic, ut Judici ſufficere poſſint

36. Objectum juris eſt triplex, perſona, res & actio *§. ult. h. t.*

37. Objectum de perſonis abſolvitur duabus diviſionibus, quarum prima eſt, quod homines ſint vel liberi, vel ſervi, *princ. h. t.* altera, quod ſint ſui vel alieni juris

TIT. III. *De Jure perſonarum.*

TIT. IV. *De ingenuis.*

TIT. V. *De libertinis.*

TIT. VI. *Qui & ex quibus cauſis manumittere non poſſunt.*

TIT. VII. *De lege Fuſia Caninia tollenda.*

38. Libertas, eſt naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, niſi qui vi vel jure prohibeatur, *§. 1. h. t.*

39. Servitus, eſt conſtitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur, *§. 2. h. t.*

40. Sed hæc inter Chriſtianos hodie eſt abolita.

41. Hic etiam evaneſcunt differentiæ hominum, quod ſint ingenui vel libertini: item lex Ælia Sentia, & Fuſia Caninia, de quibus agitur in *cat. tit.*

TIT. VIII. *De his, qui ſui vel alieni juris ſunt.*

42. Altera perſonarum diviſio eſt, quod ſint vel ſui vel alieni juris.

43. Sui juris dicuntur, qui non ſunt in aliena poteſtate, *princ. Inſt. h. t.*

44. Poteſtas aliena eſt duplex, dominica & patria.

45. Dominica non eſt in uſu, ut dictum ſupra.

TIT. IX. *De Patria poteſtate.*

46. Patriæ poteſtatis eſt cauſa triplex, nuptiæ, legitimatio & adoptio.

47. Nuptiæ ſive matrimonium, eſt viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ conſuetudinem continens, *§. 1. h. t.*

48. Inter effectus patriæ poteſtatis præcipui ſunt, quod pater poſſit ſubſtituere pupillariter filio ſuo; quod dominium & obligationem per filium acquirat; quod pater & filius eadem perſona exiſtimentur: item, quod filius ſine conſenſu patris nuptias contrahere nequeat.

49. Nuptias autem præcedunt ſponſalia. quæ ſunt mentio & repromiſſio futurarum nuptiarum, *l. 1. ff. de ſponſal.*

50. Sed jure Canonico, ſunt vel de futuro, vel de præſenti, ut cum dicunt contrahentes, ducam te, nubam tibi, vel; duco te, nubo tibi. Et hoc moribus omni die ſervamus diſcrimen.

51. Sed quæ de præſenti dicuntur, jure civili & revera perficiunt ipſum matrimonium, *l. 30. ff. de. R. J.*

TIT. X. *De nuptiis.*

52. Requiſita nuptiarum jure civili, ſunt quatuor.

53. Primum, ut contrahentes ſint cives Romani, quod tamen hodie non habet uſum, quia nationes in nuptiis non diſcernuntur.

54. Secundum, ut maſculi impleverint annos quatuordecim: fœmellæ duodecim.

55. Tertium, ut accedat Patris conſenſus expreſſus, vel tacitus, *pr. h. t. l. 5. Cod. de nuptiis.*

56. Matris & curatorum conſenſus jure civili non requiritur, niſi honeſtatis cauſa, *l. 19. C. de nupt.* ſecus hodie. Statutum Friſiæ vult conſenſum curatoris, ſed non tam abſolute, quam quidem patris, *lib. 1. art. 1. van Houlijcken.*

57. Quartum, ut contrahentes debito ſanguinis gradu diſtent.

58. In ſanguine ſpectatur linea & gradus.

59. Linea eſt ſeries cognatorum, ab eodem ſtipite deſcendentium.

60. Eaque

60. Eaque duplex, recta & obliqua.

61. Recta, in qua ſunt aſcendentes & deſcendentes.

62. Obliqua, continens eos, qui a latere ſunt juncti.

63. Gradus, eſt diſtantia cognatorum a ſe invicem.

64. Regula de computandis gradibus eſt hæc; quot ſunt perſonæ generatæ, totidem ſunt gradus; dempto ſtipite communi.

65 Hinc pater a filio gradu primo diſtat, avus a nepote gradu ſecundo, & ſic porro.

66. Item frater a ſorore gradu ſecundo, fratrum liberi gradu quarto, & ſic conſequenter.

67. Prohibitæ ſunt nuptiæ in linea recta, in infinitum, *§. 1. h. t.*

68. In linea collaterali usque ad tertium gradum ſemper, ultra quartum nunquam, *§. 2. & ſeqq. h. t.*

69. Ipſe quartus gradus quandoque eſt licitus, aliquando prohibitus.

70. Licitus inter fratrum & ſororum liberos, *§. 4. h. t.*

71. Prohibitus inter thios magnos & fratrum vel ſororum nepotes.

72. Jure Canonico diſtinguitur linea collateralis in æqualem & inæqualem.

73. Æqualis eſt, in qua æqualiter diſtant partes a communi ſtipite, ut fratres & ſorores, patrueles, conſobrini, & ſic porro.

74. Inæqualis eſt, in qua diſtant inæqualiter a ſtipite communi.

75. In æquali habent hanc regulam: Quoto gradu ſinguli diſtant a communi ſtipite, toto inter ſe diſtant.

76. In linea inæquali eſt hæc regula: Quoto gradu diſtat remotior a ſtipite, toto inter ſe diſtant.

77. Prohibentur nuptiæ jure Canonum usque ad gradum quartum ſuæ computationis incluſive, ut loquuntur; hoc eſt, ad nonum Juris civilis excluſive, quem rigorem diſpenſationibus molliunt Pontifices.

78. Eſt & affinitas nuptiis impedimento, eaque dicitur neceſſitudo per nuptias contracta, inter conjugem unum & alterius conjugis cognatos.

79. Prohibitæ autem ſunt nuptiæ in iisdem gradibus affinitatis, quibus propter ſanguinem prohibentur, *§. 6. & ſeqq. h. t.*

80. Tutor quoque & curator non poſſunt ducere adultas, nec filii ipſorum, niſi majores factas viginti novem annis, *l. 66. in pr. ff. de rit. nupt.* juncta *l. ult. Cod. de temp. in integr. reſt.*

81. Denique, Matrimonium contra requiſita juris contractum, eſt ipſo jure nullum, carens omni effectu, *§. 12. h. t.*

82. Secunda cauſa patriæ poteſtatis, eſt Legitimatio, quæ definitur, actus, quo liberi ex concubina ſuſcepti fiunt legitimi.

83. Modus legitimandi eſt triplex: 1. Oblatio Curiæ, quæ nunc obſoleta eſt, 2. Subſequens matrimonium patris cum concubina, 3. Reſcriptum principis, *§. ult. h. t. Nov. 89. cap. 9. & 10.*

84. Concubinæ ſunt proprie, quæ uxorum loco habentur ſine titulo uxoris Reliqui ex furtivis amplexibus nati, Jure civili ſunt ſpurii, qui proinde non legitimantur; ſed hodie omnes ex certo patre nati, dicuntur naturales & legitimantur.

TIT. XI. *De Adoptionibus.*

85. Tertia cauſa patriæ poteſtatis, eſt adoptio, quæ definitur, Legis actio, per quam is, qui natura filius non eſt, in locum filii adſciſcitur.

86. Eſtque duplex, adoptio in ſpecie, quæ fit apud Magiſtratum, cum adoptantur qui alieni juris ſunt: vel arrogatio, qua, qui ſui juris ſunt, autoritate Principis filii fiunt, *§. 1. h. t.*

87. Hodie rarus eſt adoptionis publice factæ uſus; qui autem privatim pro filiis adſciſcuntur, hi tantum ad alimenta adſumpti intelliguntur, reliqua filiorum jura non exercent.

TIT. XII. *Quibus modis Patria poteſtas ſolvitur.*

88. Tollitur patria poteſtas tribus modis: I. morte tam patris quam filii eaque vel naturali, quæ eſt migratio ex hac vita; vel civili, quæ fit per amiſſionem libertatis, aut civitatis, veluti per deportationem, *princ. & §. 1. h. t.*

89. Sed deportatio & libertatis ademptio, hodie non uſurpantur; Relegatio autem non tollit patriam poteſtatem, *§. 2. h. t.*

90. II. Dignitas non quævis, ſed maxima Reipublicæ, tollit patriam poteſtatem, *§. 4. h. t.* adde *Nov. 81.*

91. Tertius modus, emancipatio, eſt actus legitimus, quo liberi ex patria poteſtate dimittuntur, *§. 6. h. t.*

92. Frequentius hodie uſurpatur tacita emancipatio, quæ per omnem Europam obtinet, qua liberi contracto cum patris conſenſu matrimonio, ab ejus poteſtate liberantur.

93. Multis in locis idem fit habitatione ſeparata, quam filiusfam. voluntate Patris inſtituit.

94. Dictum eſt de his, qui ſunt alieni juris; perſonæ ſui juris, ſunt omnes, qui nec dominum nec patriam poteſtatem agnoſcunt.

TIT. XIII. *De Tutelis.*

95. Sunt autem hi vel in tutela, vel in cura, vel neutro jure tenentur, *pr. h. t.*

96. Tutela definitur, vis ac poteſtas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem ſe ipſe defendere nequit, jure civili data ac permiſſa, *§. 1. h. t.*

97. Eſt autem triplex, teſtamentaria, legitima & dativa.

98. Teſtamentaria iterum, eſt propria vel impropria.

99. Propria, quando pater filio impuberi, quem habet in poteſtate, dat tutorem teſtamento, vel codicillis teſtamento confirmatis, *§. 3. h. t. l. 3. ff. de teſtam. tut.*

100. Im-

Digitized by Google

100. Impropria eſt, cum pater filio emancipato, vel mater, aut quilibet extraneus, pupillo hæredi a ſe inſtituto dat tutorem, quoad res illas hereditarias, *l. 4. ff. de teſtam. tut. l. 4. de confir. tut.*

101. Tutores proprie teſtamentarii, immediate a teſtatore dantur, nec indigent ulla confirmatione Magiſtratus, *l. 7. ff. de teſt. tut.*

102. Sed improprie dati, a Magiſtratu ſunt confirmandi, *l. 1. & 5. ff. de confirm. tut.*

103. Nam jure civili confirmatio a Magiſtratu non requiritur, niſi cum datio ſecundum requiſita juris facta non eſt, *d. l. 1.*

TIT. XIV. *Qui teſtam. tut. dari poſſunt.*

104. Poſſunt tutores dari teſtamento, omnes cives, etiam filii-familias, *princ. hoc tit.*

105. Imo & minores annis viginti quinque, & furioſi, *§. 2. hic.*

106. Sed hi non adminiſtrant, verum interim eorum loco datur curator, *l. 10. §. 7. de excuſ. tut.*

TIT. XV. *De legitima agnatorum tutela.*

107. Tutela legitima eſt, quæ immediate ex lege, deficiente teſtamentaria, defertur proximis agnatis, *princ. h. t.*

108. Hi quoque tutores non confirmantur a Magiſtratu, *l. 3. ff. de leg. tut.*

109. Agnati ſunt virilis lineæ cognati, *§. 1. h. t.*

110. Sed jure novo gradu proximus, tam fœmineæ quam maſculæ lineæ, ad tutelam vocatur, *N. 118. c. 5.*

111. Et qui pares ſunt gradu, pariter ad tutelam vocantur, ſed unus conſtituitur adminiſtrator, *d. cap. 5.*

112. Mulieres tamen ad tutelam non vocantur, niſi mater & avia, quamdiu abſtinent a ſecundis nuptiis, *l. 1. & Auth. ſeq. Cod. quando mul. tut. Nov. 118. cap. 5. in medio.*

113. Hæc ſufficiunt de tutela legitima.

114. Reliqua in *tit. XVI.* de capitis diminutione, de qua tu vid. *l. 2. n. 147. XVII.* de legitima patronorum tutela, *XVIII.* de legitima parentum tutela, *XIX.* de fiduciaria tut. hodie nullum habent uſum.

TIT. XX. *De Attiliano tutore.*

115. Tertia ſpecies tutelæ, eſt Dativa, quando deficiente teſtamentaria & legitima, Magiſtratus dat tutorem, *pr. h.*

116. Jure civili, varie cautum eſt, quinam magiſtratus jus dandi habeant, *pr. §. & ſeqq. h. t.*

117. Sed hodie cujusque loci magiſtratus officium eſt, non habentibus dare tutores.

TIT. XXI. *De auctoritate tutorum.*

118. Officium tutorum in duobus conſiſtit, in adminiſtratione, & in autoritate.

119. Adminiſtratio ſpectat tam perſonas, quam res pupillorum.

120. Initium adminiſtrandi eſt, a confectione inventarii, quo non facto, tutor ut ſuſpectus removentur, & ſi dolo omiſerit, fit infamis, *l. 7. ff. de adminiſtr. tut.*

121. Auctoritas eſt approbatio ejus, quod in rebus pupilli geritur.

122. Quæ neceſſaria eſt, quotiens periculum eſt, ne conditio pupilli deterior fiat.

123. Sed ubi nullum tale periculum ſubeſt, ibi nec neceſſaria eſt, *pr. h. t.*

124. Hinc lucrativæ acquiſitiones valent, licet inſcio tutore, a pupillo contractæ.

125. Sed obligari non poteſt pupillus, niſi autore tutore, tametſi is, qui cum pupillo contraxit, a ſua parte obligetur, *d. pr.*

TIT. XXII. *Quibus modis tutela finitur.*

126. Modi, quibus tutela finitur, ſunt 1. pubertas, 2. mors tutoris aut pupilli, 3. eventus conditionis vel temporis, quousque tutor datus erat, *in princ. §. 2. 3. & 5. h. t.*

127. Denique excuſatio tutoris, & remotio ſuſpecti, finem tutelæ imponunt.

TIT. XXIII. *De curatoribus.*

Jure civili a tutela multum differt cura. 1. enim tutor datur pupillis, curator impuberibus. 2. tutor datur teſtamento & lege, curator tantum a magiſtratu. 3. tutor datur perſonæ, curator tantum rebus. 4. tutor datur invitis, curator non niſi volentibus *in pr. §. 1. & 2. & 3. h. tit. 5.* tutorem habenti non datur tutor, ſed ei adjungitur curator, *§. 5. h. tit. 6.* tutor ad certam cauſam non datur, *§. 4. ſupra tit. 14.*

128. Sed hæ differentiæ in foro vix obſervantur, tutoris enim & curatoris officia conjunguntur.

129. Dantur & curatores aliis, quam minoribus, veluti furioſis & prodigis, *§. 3. h. t.*

130. Prodigus autem eſt, cui ob luxuriam bonis interdictum eſt, *l. 1. ff. de curat. furioſ. & aliis.*

131. Item mente captis, ſurdis, mutis, & perpetuo morbo laborantibus, ſi rebus ſuis ipſi ſupereſſe nequeant; cœcis non datur curator, *§. 4. h. t.*

TIT. XXIV. *De Satisd. tutoris.*

132. Jure civili Magiſtratus debent exigere ſatisdationem, hoc eſt fidejuſſoriam cautionem, a tutoribus, exceptis teſtamentariis, & his, qui a majore magiſtratu, veluti a Curia ſuprema, dantur, *in princ. & §. ult. h. t.*

133. Magiſtratus minores, qui neglexerunt exigere fidejuſſores, vel non exegerunt idoneos, hi tenentur actione ſubſidiaria, ſi pupillus damnum a tutore fidejuſſoribusque conſequi non poſſit, *§. 2. h. t.*

134. Sed hæc actio, ut ipſa ſatisdatio, hodie rarius eſt in uſu, niſi tutor vel curator obæratus aut ſuſpectus ſit, quo caſu judex ex officio ipſi injungere poteſt, ut pro adminiſtratione idonee caveat, Sand. *l. 2. tit. 9. defin. 9.*

Digitized by Google

TIT. XXV. *De excuſat. tutorum.*

135. Sed excuſationes ſunt magis uſitatæ, quarum cauſæ hoc titulo recenſentur.

136. I. Quinque liberi excuſant, ſic, ut computentur jam nati, non mortui, niſi in acie cæſi. Romæ olim tres liberi, in Italia quatuor excuſabant, ſed hoc hodie non eſt in uſu, *princ. h. t.*

137. II. Qui res Fiſci adminiſtrant, excuſantur, ut ſunt Quæſtores, etiam publicani, *§. 1. h. t. l. 10. Cod. hoc tit. l. ult. Cod. qui dari tutores.* durante ſc. adminiſtratione.

138. III. Abſentes Reipublicæ cauſa, excuſantur etiam intra annum, poſtquam reverſi ſunt, *§. 2. h. t.*

139. IV. Poteſtas, hoc eſt major Magiſtratus, imo & municipales, id eſt ſingularum urbium Magiſtratus, *§. 3. h. t. l. 6. §. 16. ff. eod. tit.* Sand. *lib. 2. t. 9. def. 6.*

140. V. Lis cum pupillo excuſat, *§. 4. h. t.* imo prohibet hodie, *N. 72.*

141. VI. Onus trium tutelarum, ſi non ſint affectatæ, *§. 5. hic.* aliquando & una valde gravis excuſat, *l. 31. §. ult. ff. h. t.*

142. VII. Paupertas, *§. 6. hic.*

143. VIII. Adverſa valetudo, *§. 7. h.*

144. IX. Imperitia literarum, *§. 8. h. t.* Sic tamen, ut Judex cognoſcere debeat, num quis ob illas cauſas plane ſit ineptus ad tutelam.

145. X. Inimicitia gravis, quam tutor cum patre pupilli habuit, ſimpliciter excuſat; levis tum demum, cum vexandi cauſa tutor datus eſt, *§. 9. & 11. h. t.*

146. Ætas ſeptuaginta annorum, excuſat a tutela vel cura ſuſcipienda, *§. 13. h. t.* Sand. *lib. 2. tit. 11. def. 5.* & annus ſeptuageſimus completus, non tantum cœptus ſit, oportet, *ibid.*

147. XI. Minor ætas excuſat, vel potius prohibet, a tutela legitima & dativa, *§. 3. h. t.* de teſtamentaria dictum eſt *ſupra.*

148. XII. Militia prohibet a tutela, *§. 14. h. t.*

149. XIII. Matrimonium prohibet, nam maritus non poteſt eſſe curator uxoris, *§. 19. hic.* juncta *l. 4. Cod. h. t. & l. 14. ff. de curat. furioſ.* &c.

150. Sed moribus, vir dicitur legitimus curator uxoris ſuæ; improprie tamen.

151. Nam cura, vel eſt ob defectum ætatis, aut, ut olim, propter ſexum; hæc autem cura hodierna non eſt propter ætatem, quia competit in vetulas; non eſt etiam ob imbecillitatem ſexus, quia tantum competit in nuptas, non in virgines, nec viduas.

152. Ergo non eſt hæc cura legitima, ſed effectus maritalis poteſtatis, vid. Stat. Friſ. *lib. 1. tit. 2. §. 1.*

153. XIV. Exercitium quarundam artium, ut Grammaticæ, Rhetoricæ & Medicinæ quoque excuſat. *§. 15. h. t.*

154. Imo & profeſſiones Academicæ omnium facultatum excuſare videntur, per *l. 6. C. de profeſſor.*

155. Clerici etiam & olim & hodie excuſantur, *auth. presbyt. Cod. de epiſc. & Cler.* quibus merito accenſentur verbi Divini miniſtri, Sand. *lib. 2. tit. 9. def. 7.*

156. Ultima cauſa, eſt tutela geſta, quæ excuſat a cura ejusdem pupilli, *§. 18. h. t.*

157. Sed & hæc hodie ceſſare videtur.

TIT. XXVI. *De ſuſpectis Tutoribus.*

158. Si tutor non ex fide gerit tutelam, poteſt a quolibet, ut ſuſpectus, accuſari, ut removeatur, *§. 2. & 3. h. t.*

159. Impuberibus in ſuos tutores hæc accuſatio denegata eſt: conceſſa vero puberibus in ſuos curatores, ſed communicato cum neceſſariis ſuis conſilio, *l. 6. in fin. Cod. de off. præf. urb. §. 4. hic.*

160. Aliquando etiam curator ſuſpecto adjungitur, ut ſi fraude careat, vel propinquus pupilli ſit, *§. 5. ſupra de curator. l. 6. ff. h. t.*

161. Sed totum hoc remedium hodie rarius eſt, quia nunc rationes quotannis exigi poſſunt, & ſic improbitas tutorum detegi; cum jure civili non liceat rationes exigere, niſi poſt finitam tutelam, *§. ult. ſupra de Attil. tut. l. 4. in prin. & l. 9. §. 4. ff. de tut. & rat. diſtrah.*

LIB. II.

TIT. I. *De rerum diviſione & adquir. ipſar. dominio.*

SEcundum juris objectum, de rebus, habet duas partes, de dominio, & de obligationibus.

2. Præmittuntur tamen diviſiones rerum, quarum prima eſt; Res ſunt vel in patrimonio, ſive in bonis, vel extra patrimonium, *pr. h. t.*

3. In bonis eſt, ad quod perſequendum habemus actionem, vel ad retinendum exceptionem, *l. 52. ff. de A. R. D.*

4. Secunda diviſio eſt; Res ſunt vel communes, id eſt omnium hominum; vel publicæ, hoc eſt certi populi liberi; vel univerſitatis, hoc eſt corporis alicujus, veluti civitatis aut territorii; vel nullius, ut res ſacræ, ſanctæ, religioſæ; vel ſingulorum, quæ in privato cujusque dominio ſunt, *§. 1. & 2. usque ad §. 12. h. t.*

5. Dominium, eſt libera de re noſtra poteſtas. Eſtque duplex.

6. Plenum, quod cum emolumento eſt conjunctum, & nudum, quod ab uſufructu eſt ſeparatum.

7. Vulgo etiam dividitur in utile & directum.

8. Utile, quod habet emphyteuta, & ſuperficiarius, & vaſallus.

9. Directum, quod habet dominus prædii Emphyteutici, vel ſoli, cui domus ab alio impoſita eſt, vel feudi, *dict. §. 11. d. t.*

10. Mo-

10. Modi, quibus dominium acquiritur, ſunt vel juris gentium, vel juris civilis.

11. Juris gentium modi ſunt ſex, occupatio, acceſſio, ſpecificatio, commixtio ſive confuſio, fructuum perceptio & traditio.

12. Occupatione acquiruntur res communes, ut ſunt volucres, piſces, feræ beſtiæ, omniaque animalia in nullius redacta dominium, *§. 11. h. t.* etiam apes, *§. 14.* item pavones & columbæ, *§. 15.* quæ tamen, donec habent conſuetudinem eundi & redeundi, non fiunt capientium, *§. 15. h. t.*

13. Quod ſi animalia capta rurſus evaſerint, cedunt aliis capientibus, *§. dict. 12. & §. 14. h.* verum gallinæ & anſeres non ſunt feræ, earumque fit furtum, *§. 16. h.*

14. Acceſſio eſt duplex, naturalis vel artificialis.

15. Per naturalem acquiruntur nobis fœtus animalium, *§. 19.*

16. Item, quod per alluvionem tacite, & per avulſionem expreſſe, terris vel agris noſtris adjicitur, *§. 20. & 21. h.*

17. Sed inundatio, quia brevi receſſura ſperatur, non mutat dominium, *§. 14. hic.*

18. Tertius modus, qui eſt ſpecificatio, contingit, cum quis ex aliena materia facit novam ſpeciem, veluti ex panno aut ligno alieno veſtem vel navem.

19. Hic diſtinguitur, ſi ſpecies reduci queat ad primam rudemque materiam, tum is eſt dominus, cujus fuit materia, ſi non poſſit reduci, tum is, qui fecit, eſt dominus.

20. Sic in nave & veſte, qui fecit, habet dominium, in poculo ex alterius argento facto, is, cujus argentum eſt, habet dominium, *§. 25. h. t.*

21. Confuſio ſive commixtio transfert dominium, quando duorum pluriumve materiæ, vel data opera miſcentur, vel ita fortuito, ut commode a ſe invicem ſeparari nequeant, *§. 28. & 29. h. t.*

22. De acceſſione artificiali agitur in *§. 26. 30. 31. 32. 33. & 34. h. t.*

23. Exempla ſunt; qui purpuram alienam ſuæ veſti adtexuit, aut aliud quid rei ſuæ adjunxit, fit dominus acceſſorii illius, *§. 26.*

24. Item, qui in ſuo ſolo ex aliena materia inædificavit, fit dominus ædificii, ſalva tamen domino rei, actione ad pretium, *§. 29.*

25. Contra ſi quis in alieno ædificaverit, ſeu fundo ſive ædificio, ille fit dominus, cujus eſt domus aut fundus.

26. Ut tamen ædificator bonæ fidei, repetat impenſas neceſſarias & utiles abſolute, voluptuarias tollere poteſt, quatenus ſine læſione rei tolli poſſunt, *§. 30. h.*

27. Qui plantavit in ſolo alieno, qui ſementem in alieno fecit, dominum ſati & plantæ facit eum, cujus eſt ſolum, ſalvis tamen & ipſi impenſis, *§. 31. & 32.*

28. Idem eſt in ſcriptura, *§. 33.*

29. Secus tamen in pictura, *§. 35.*

30. Sequitur fructuum perceptio ex fundo alieno, quos bonæ fidei poſſeſſor facit ſuos, percipiendo & conſumendo, idque ſive naturales ſive induſtriales ſint, *§. 35. h. l. 48. ff. de acquir. rer. dom.*

31. Sed extantes fructus, id eſt nondum conſumpti, ſalvis impenſis reſtitui debent, *l. 22. Cod. de rei vind.*

32. Ultimus modus, Traditio, eſt translatio rei corporalis, facta ab eo, qui jus & animum alienandi habet, vid. *§. 40. h. t.*

33. Eſtque duplex, propria vel impropria. Propria, cum poſſeſſio vere transfertur.

34. Impropria, eſt vel ficta vel ſymbolica. Ficta, quæ fit brevi manu, cum res apud eum, qui dominus eſt faciendus, jam præexiſtit.

35. Symbolica, quæ fit per ſignum aliquod, veluti traditione clavium, aut cum res incorporales transferuntur.

TIT. II. *De rebus corpor. & incorporalibus.*

36. Supereſt adhuc una diviſio rerum in titulo 2. quod res ſint corporales, quæ tangi poſſunt; vel incorporales, quæ in jure conſiſtunt, ut actio, obligatio, hereditas, quatenus hæc pro jure ſumitur, quo res hereditariæ ad nos pertinent.

37. Res corporales ſunt vel mobiles, vel immobiles.

TIT. III. *De Servitutibus.*

38. Res incorporalis eſt etiam Servitus, quæ eſt jus, quo dominus aliquid in ſuo pati, vel non facere cogitur, in alterius utilitatem.

39. Eſtque duplex: prædialis, aut perſonalis.

40. Prædialis eſt vel ruſtica vel urbana.

41. Ruſtica, quæ debetur prædio ruſtico; urbana, quæ urbano.

42. Eſt autem urbanum prædium, omne ædificium habens alias ædes vicinas.

43. Ruſticum, omnes agri, *§. 1. h. t.*

44. Urbanæ ſervitutes ſunt, jus tigni immittendi, oneris ferendi, ſtillicidii vel fluminis recipiendi, aut non, altius non tollendi, luminibus non officiendi, *§. 1. h. t.*

45. Ruſticæ ſunt, iter, actus, via, aquæ ductus, aquæ hauſtus, pecoris ad aquam appulſus, jus calcis coquendæ, arenæ fodiendæ &c. *in pr. & §. 2. h. t.*

46. Conſtituitur ſervitus pactionibus aut ultimis voluntatibus, item non interrupto uſu decem annorum, *l. 10. ff. Si ſervitus vindicetur.*

TIT. IV. *De Uſufructu.*

47. Perſonales ſervitutes ſunt tres, Uſusfructus, Uſus & Habitatio.

48. Uſusfructus eſt jus alienis rebus utendi fruendi, ſalva rerum ſubſtantia, *pr. h. t. & l. 1. ff. h.*

49. Dividitur in verum & quaſi-uſumfructum.

50. Verus conſiſtit in rebus, quæ uſu non conſumuntur, tam mobilibus, quam immobilibus.

Digitized by Google

51. Quaſi-uſusfructus in rebus, quarum uſus conſiſtit in abuſu; ut eſt oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata, *§. 2. h. tit.*

52. In vero uſufructu cavere debet fructuarius, ſe boni viri arbitratu uſurum fruiturum, & quod ex rebus ſupererit, hoc ſe reſtituturum.

53. In quaſi-uſufructu cavetur, tantundem, finito uſufructu, reſtiturum iri, *l. 1. ff. Uſufr. quemad. cav. dict. §. 2. h. t.*

54. Verus uſusfructus finitur morte uſufructuarii, tam naturali, quam civili, quæ contingit per ademtionem libertatis aut civitatis, *§. 3. h. t.*

55. Et hac duplici morte quaſi-uſusfructus duntaxat finitur, *d. §. 2.*

56. Item finitur uſusfructus, non utendo juxta modum præfinitum, & per tempus decem vel viginti annorum.

57. Tertio finitur, quoties vel proprietarius uſumfructum, vel fructuarius proprietatem acquirit, quæ res dicitur conſolidatio.

58. Denique, rei interitu finitur uſusfructus, ut & mutatione eſſentiali, quæ naturam & nomen rei ipſius tollit, *d. §. 3. h. t.*

TIT. V. *De Uſu & Habitatione.*

59. Uſus eſt jus alienis rebus utendi ad neceſſitatem vitæ duntaxat, ſalva rerum ſubſtantia.

60. Nihil igitur lucri facere poteſt uſuarius, ſed quod ad nudam vitæ ſuſtentationem ex re uſuaria provenit, hoc habet.

61. Habitatio, eſt jus alienas ædes inhabitandi, leviter tantum diſcrepans ab uſufructu ædium, vid. *§. 5. h. & l. 10. ff. h. t.*

62. Moribus hodiernis, habitatio & uſus non multum habent uſus, ac rariſſime conſtituuntur.

TIT. VI. *De Uſucapionibus & longi temporis præſcriptionibus.*

63. Sequuntur modi, quibus dominium jure civili acquiritur, & ſunt vel particulares, vel univerſales.

64. Particulares ſunt, uſucapio, donatio & legatum.

65. Uſucapio, eſt adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti, *l. 3. ff. de uſucap.*

66. Requiſita ejus ſunt, 1. ut quis rem alienam poſſideat bona fide, hoc eſt, exiſtimans ſe eſſe revera dominum. 2. ut rem nactus ſit titulo habili ad dominium transferendum, ut emptionis, donationis, aut ſimili. 3. ut res non ſit incapax uſucapionis, veluti furtivæ, aut vi poſſeſſæ; vel commercio exempta, veluti ſacræ, publicæ; denique res pupillorum & minorum. 4. ut poſſeſſio fuerit continua, non interrupta. 5. ut res poſſeſſa fuerit per legitimum, tempus, quod in rebus mobilibus eſt triennium, in immobilibus longum tempus, hoc eſt X. anni inter præſentes, 20. inter abſentes, vid. *princip. & §. ſeqq. h. t.*

TIT. VII. *De Donationibus.*

67. Donatio eſt liberalis rei alienatio.

68. Eſtque duplex, mortis cauſa, & inter vivos.

69. Illa, quæ fit ſub conditione mortis donatoris, & eſt revocabilis per pœnitentiam, item, ſi donatarius ante donatorem ſit mortuus, quin & per ſe revocatur, ceſſante periculo, cujus intuitu facta eſt, *§. 1. h. tit.*

70. Imo & ſi res tradita ſit, tamen poteſt revocari, *l. 29. & 30. ff. de donat. mort. cauſ.*

71. Donatio inter vivos, eſt vel ſimplex vel relata.

72. Simplex, quæ fit ex mera & abſoluta liberalitate, qualis ſi excedat quingentos ſolidos, debet actis inſinuari, *§. 2. h. t.*

73. Relata fit ob aliquem reſpectum, quo ceſſante non fieret, ut eſt remuneratoria, vel propter nuptias, *§. 3. h. t. l. 7. ff. de donat.*

74. Inter vivos donatio non revocatur niſi ob ingratitudinem *inſignem*, cujus exempla ſunt *in l. ult. C. de revocand. donat.*

75. Si injuriam donatori inferat atrocem, ſi manus inferat donatori, ſi jacturam bonis ipſius gravem infligat, ſi inſidias vitæ ejus ſtruxerit; & ſi conditiones, quæ intervenere, non ſervet.

76. Item ob ſupervenientiam liberorum, ſi donatio magna fuerit, *l. 8. C. eod. tit.*

TIT. VIII. *Quibus alienare licet, vel non.*

77. Porro omnis actus, quo dominium transfertur, dicitur alienatio.

78. Proinde, quicunque eſt dominus, poteſt rem alienare.

79. Excipitur maritus, qui licet dominus ſit fundi dotalis, tamen eum alienare prohibetur, *pr. h. t.*

80. Item pupillus, qui licet dominus rei ſuæ, tamen alienare non poteſt; neque minor ſine tutoris & curatoris auctoritate; nec illis ſolvi poteſt, *§. 1. h.*

81. Imo res immobiles, ſine decreto magiſtratus non poſſunt alienari, *§. ult. h. t. 22. C. de adminiſt. tut.*

82. Aliquando, qui non eſt dominus, poteſt alienare, veluti creditor, qui pignus diſtrahere poteſt, facta denunciatione debitori, ut ſolvat, *l. 4. C. de diſtract. pign. l. ult. C. de jur. dom. impetr.*

TIT. IX. *Per quas perſon. cuiq. acquir.*

83. Regula juris civilis eſt, quod nemo per alium, vel dominium, vel obligationem acquirere poſſit, niſi per eos, quos habet in poteſtate, ſc. ſervos, & liberos, *pr. h.*

84. Per ſervos dominus olim indiſtincte omnia acquirebat.

85. Sed in filiofamilias, diſtinguitur juxta peculium, quod eſt quadruplex.

86. Dicitur enim primo profectitium, quod ex re & ſubſtantia patris proficiſcitur.

87. Secundo adventitium, quod ex ſucceſſione materna, aut aliunde liberis advenit.

88. Ca-

88. Caſtrenſe, quod filius in bello lucratus eſt.

89. Quaſi-caſtrenſe, quod in militia togata, velut Senator, Magiſtratus, aut Advocatus, Paſtor, vel Profeſſor, lucrantur &c.

90. Quod ex profectitio filius lucratur, hoc totum patris eſt, *§. 1. h.*

91. Ex adventitio, filius habet proprietatem, pater uſumfructum, cujus dimidium poſt emancipationem retinet, *§. 2. h.*

TIT. X. *De teſtam. ordinandis.*

92. Sequitur acquiſitio univerſalis, nempe hereditatis.

93. Eſt autem hereditas, ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus tempore mortis habuit, *l. 24. ff. de V. S.*

94. Defertur duobus modis, teſtamento, vel lege, ſive ab inteſtato.

95. Teſtamentum, eſt voluntatis noſtræ juſta ſententia, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit; *l. 1. ff. Qui teſt. fac. poſſ.*

96. Eſtque duplex, ſcriptum, vel nuncupativum.

97. Illud, cujus ſolennitas ſcriptura, hoc, quod viva voce perficitur.

98. Requiſita generalia ſunt, unicus contextus, & numerus ſeptem teſtium, qui ſpecialiter rogentur, *§. 3. h. t.*

99. Unicus contextus duas res ſignificat, 1. continuitatem temporis, ne interruptio fiat, 2. uniformitatem actus, ne quid extranei, vel a teſtamento alieni immiſceatur, veluti contractus, qui in teſtamento iniri non poteſt, *§. 3. h. t. l. 28. Cod. qui teſtam. fac. poſſ.*

100. Teſtes non modo ſpecialiter rogandi ſunt, ſed & tales eſſe debent, cum quibus ſit teſtamenti factio, *§. 6. h.*

101. Quæ duplex eſt, activa & paſſiva

102. Activa conſiſtit in jure & in forma condendi teſtamenti.

103. Paſſiva, in jure capiendi ex teſtamento.

104. In teſtibus autem paſſiva ſufficit.

105. Sed & aliqui excipiuntur, qui licet capere poſſint, teſtes tamen eſſe nequeunt, ut mulieres, impuberes, ſervi, furioſi, muti, ſurdi, prodigi, inteſtabiles, quique eodem patriæ poteſtatis vinculo continentur, denique heredes prohibentur, *§. 6. & ſeqq. h. t.*

106. Occultum tamen vitium non nocet, *§. 7. h.* Legatarii poſſunt eſſe teſtes, *§. 11. h.*

107. Speciale ſcripti teſtamenti requiſitum, quod hodie in uſu ſit, fere nullum eſt præter ſubſcriptionem teſtatoris & teſtium, *§. 3. h. lib. 1. tit. 16 §. 1. Stat. Friſ. de teſtam.*

108. Reliqua in *§. 4 & 5.* obſoleta ſunt; non perinde, quod eſt in *§. 13.* poſſe teſtamentum in duobus exemplis, utroque authentico, fieri; cui hodie accedit, quod in eadem charta duo teſtari poſſunt.

109. Teſtamenti nuncupativi nihil etiam ſpeciale proditum eſt, quam ut teſtator clare exprimat omnem ſuam voluntatem, coram 7. teſtibus, *§. 14. h. tit.*

110. Utcunque autem poſtea in ſcriptum redigatur, manet tamen nuncupativum, ultimaque ſcriptura inſtrumentum probationis eſt.

TIT. XI. *De militari teſtam.*

111. Eſt & alia teſtamenti differentia, quod ſit ſolenne, vel privilegiatum, quale eſt militare, in quo nihil aliud requiritur, quam ut voluntas militis clare conſtet, *§. 1. h. t.*

112. Idem eſt in teſtamento parentis inter liberos, *l. 21. §. 1. Cod. de teſt.*

113. Item in teſtamento, quod in actis inſinuatur, vel quod principi offertur, *l. 19. Cod. de teſtam.*

114. Teſtamentum tempore peſtis factum, jure civili unicum habet privilegium, ne teſtes pariter convenire cogantur, *l. 8. Cod. de teſtam.*

115. Uſu fori valet etiam quovis fere modo, ſaltem ſi clare conſtet voluntas.

TIT. XII. *Quibus non eſt permiſſum facere teſtam.*

116. Jus activæ teſtamenti factionis habent, qui non prohibentur.

117. Cauſa prohibitionis eſt triplex. I. Capitis diminutio, quæ prohibet filiumfamilias, excepto peculio vere-vel quaſi-caſtrenſi, *pr. h. t.*

118. II. Vitium animi vel corporis. Ob hoc prohibentur impuberes & furioſi, *§. 1. h.* Prodigi, *§. 2.*

119. Surdi & muti, niſi quatenus voluntatem ſuam ſcribendo, aut ſurdus loquendo perfecte exprimere poſſunt, *§. 3. h.*

120. Denique cæcus hactenus prohibetur, ut nuncupare debeat voluntatem ſuam coram ſeptem teſtibus, adhibito tabellione vel octavo teſte, qui ſcribat omnia, & teſtes ſubſcribant, *l. 8. Cod. h. t.*

121. III. Cauſa eſt improbitas, cujus reſpectu qui capitis ſunt damnati, non poſſunt teſtari, *l. 8. §. ult. ff. h. tit.* quod non eſt mutatum *Nov. 22. cap. 8.*

122. Item, Hæretici improbiores, *Auth. Hæret. C. de Hæret.* & qui inceſtis nuptiis ſe funeſtarunt, *Auth. ex complexu. C. de Inceſt. nupt.*

TIT. XIII. *De Exhered. liberorum.*

123. Porro aliqui neceſſario inſtitui, vel exheredari debent, ut ſunt filiifamilias, qui ſilentio præteriti, teſtamentum dicunt ipſo jure nullum, *pr. h. t.*

124. Sed poſthumus ſilentio præteritus, rumpit teſtamentum agnaſcendo, *§. 1. h. t.*

125. Nepos ab avo præteritus, patre ſuo mortuo, rumpit teſtamentum, quaſi-agnaſcendo, *§. 2. h. t.*

126. Filius emancipatus præteritus, reſcindit teſtamentum per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *§ 3. h.*

127. Adoptivi habent jus naturalium, quamdiu manent in adoptione, non poſtea, *§. 4. h.*

Digitized by Google

128. Differentia inter mares & fœminas, quæ olim obtinebat, ſublata eſt, *§. 5. h.*

129. Contra militis teſtamentum liberi nihil movere poſſunt, *§. 6. h. t.*

130. Contra matris, aviæque, vel avi materni præteritionem, quæ æquipollet exheredationi, datur querela inofficioſi teſtamenti, *§. 7. h. t.*

TIT. XIV. *De Heredibus inſtituendis.*

131. Heredis inſtitutio, eſt ſurrogatio in univerſum jus, quod defunctus tempore mortis habuit.

132. Hereditas, termino artis, vocatur As, cujus duodecim ſunt unciæ, proinde una pars eſt uncia, quaſi unica, duæ partes ſextans, ſive ſexta pars aſſis. 3. partes quadrans, ſeu quarta pars Aſſis. 4. Triens, id eſt tertia pars Aſſis. Tum a numero unciarum, 5. quincunx; 6. ſemis, id eſt ſemi as, 7. ſeptunx, 8. Bes, contracte, pro bis triens, 9. Dodrans, qu. *de* aſſe *quadrans*, 10. dextans, qu. *de* aſſe *ſextans*, 11. deunx q. *de* aſſe *uncia*, *§. 5. h. t.*

133. Regula autem eſt, quod nemo, niſi miles, pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus mori poſſit, *l. 7. de R. J. §. 1. h. t.*

134. Hinc ſi unus ex ſemiſſe ſit inſtitutus, huic reliqua accreſcunt, *d. §. 5.*

135. Si inter plures aliquæ partes deſint vel exſuperent, hæ perinde ſingulis accreſcunt vel decreſcunt, *§. 6. & 7. hic.*

136. Fit inſtitutio vel pure, vel ſub conditione, (quæ eſt caſus collatus in futurum) nam tempus pro non adjecto habetur, *§. 9. h. t.*

137. Conditio quoque impoſſibilis pro ſupervacua habetur, *§. 10. h. t.*

138. Reliquæ ſive caſuales ſint, ſeu poteſtativæ, vel mixtæ conditiones, debent impleri, alioqui deficit inſtitutio, *l. 1. tot. tit. ff. de condit.*

TIT. XV. *De vulgar. ſubſtitut.*

139. Subſtitutio, eſt inſtitutio heredis in ſecundum vel ulteriorem gradum.

140. Eſtque duplex, vulgaris, & pupillaris.

141. Vulgaris dicitur, quia vulgo fit, hoc eſt a quovis teſtatore, in locum cujusvis heredis.

142. Forma ejus eſt, ut fiat in caſum non aditæ ab herede ſcripto hereditatis, velut, ſi ante teſtatorem moriatur, vel nolit, aut non poſſit adire hereditatem.

143. Nam adita ſemel hereditate, ſubſtitutio extinguitur, & hæreditas ad legitimos defertur, *vid. princ. & §. ſeqq. h. t.*

TIT. XVI. *De pupillari ſubſtitut.*

144. Pupillaris ſubſtitutio eſt, quando pater liberis impuberibus, quos habet in poteſtate, dat heredem, in caſum, quo ante pubertatem ſunt morituri.

145. Cujus effectus eſt, ut ſubſtitutus non tantum conſequatur bona, quæ a patre profecta ſunt, ſed & adventitia filii impuberis.

146. Forma ejus extat in *pr. h. t.* ſed notandum, quando pater vulgariter ſubſtituit liberis impuberibus, quod tunc, expreſſa vulgaris contineat tacitam pupillarem: & contra, expreſſa pupillaris contineat vulgarem tacitam, *l. 4. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit.*

147. Exemplo pupillaris ſubſtit. recepta eſt alia, qua parentes utriusque ſexus liberis mente captis, ſubſtituunt in caſum, quo extra uſum rationis ſunt morituri, *§. 1. h. t. l. 9. C. de impub. & aliorum ſubſt.*

148. Evaneſcit hæc utraque ſubſtitutio, quam primum liberi pubertatem ſunt egreſſi, aut mentem recuperarunt, *§. 8. h. t.*

149. Nam ultra pubertatem parentes nihil poſſunt præſcribere liberis, niſi per fideicommiſſariam ſubſtitutionem, quemadmodum & mater, aliique, habentes *ſuos* heredes in ſua poteſtate, pupillariter ſubſtituere non poſſunt, ſed tantum per fideicomm. *§. ult. h. t.*

TIT. XVII. *Quibus modis teſtamenta infirmentur.*

150. Teſtamenta, quæ non habent juris effectum, vel ab initio ſunt invalida, vel ex poſtfacto infirmantur.

151. Quæ ab initio, illa ipſo jure nulla dicuntur, ut in quibus filiifamilias ſunt præteriti, vel in quibus deſunt ſolennia juris.

152. Ex poſtfacto infirm. jure civili, vel jure prætorio; ex hoc datur bonorum poſſeſſio contra tabulas, liberis emancipatis præteritis, *ſupra n. 113.*

153. Jure civili teſtamenta rumpuntur, vel irrita fiunt, aut reſcinduntur.

154. Rumpuntur, agnatione ſui heredis, vera vel quaſi.

155. De vera & de una ſpecie quaſi-agnationis, dictum eſt *ſupra, n. 111. & 112.*

156. Alia ſpecies eſt in *§. 1. h. t.* ſi teſtator poſt factum teſtamentum aliquem adoptaverit, vel filium legitimaverit.

157. 2. Rumpitur teſtam. poſteriori teſtamento æque perfecto, licet heres ex eo non exſtiterit, & licet prius teſtam. non ſit revocatum, imo licet in priori clauſula ſit derogatoria, qua teſtator ſibi ademerit mutandi facultatem; modo conſtet, teſtatorem voluiſſe ſerio mutare voluntatem, *§. 2. h. t. l. 6. §. 2. ff. de jure codicill.* vid. Sand *lib. 4. tit. 1. defin. 10.*

158. Rumpitur quoque teſtamentum incidendo, delendo, aut cancellando, quod data opera factum ſit, *l. 1. & tot. tit. ff. de his, quæ in teſt. delent.*

159. Si quis tabulas teſtamenti non habens velit revocare teſtamentum, debet hoc facere ſolenniter, aut condere novum; nuda voluntas non valet, niſi coram tribus teſtibus declarata, & decennium a priore teſtam. ſit elapſum, *l. 27. Cod. de teſtam. §. 7. h. t.*

160. Irritum fit teſtamentum. capitis diminutione teſtatoris, (vel quæ maxima eſt, cum libertas, vel media,

dia,cum civitas,vel minima, cum jus familiæ tollitur.) ut per adoptionem, excepto militis teſtamento, quod minima capitis diminutione non tollitur, *§. 4. b.*

TIT. XVIII. *De Inofficioſo teſtam.*

161. Reſcinditur teſtamentum jure civili, per querelam inofficioſi teſtamenti.

162. Quæ definitur, petitio hereditatis, facta per reſciſſionem teſtam. inofficioſi, *l. 19. ff. b. tit.*

163. Eſt autem inoff. teſtam. in quo exheredati vel præteriti ſunt, qui officio pietatis non debebant.

164. Præteritos intellige,a matre, vel ab avo materno; nam qui a patre prætereuntur, dicunt teſtamentum nullum, vel petunt contra tabulas, *ut ſupra.*

165. Datur querela, 1. liberis, 2. parentibus, 3. fratribus germanis & conſanguineis, non aliter tamen, quam, ſi turpis perſona ſcripta ſit heres, *pr. & §. 1. b. l. 27. Cod. b.tit.* ubi uterini excluduntur,quod tamen aliqui putant mutatum, per *Nov. 118. cap. 4. & 5.* ubi differentia ſexuum tollitur.

166. Ceſſat querela, 1. Si juſta ſit cauſa exheredandi, quales in liberis ſunt 14. in parentibus 8. in fratribus 3. quas vid. in *Nov. 118. cap. 3. & 4.* quarum una ſaltem inſeri debet teſtamento.

167. 2. Si aliud remedium competat, quo exheredatus vel præteritus portionem ſuam conſequi poſſit, *§. 2. b.*

168. 3. Si relicta ſit ipſi Legitima, quæ eſt portio hereditatis, quam lex jubet neceſſario relinqui his, quibus alias competit querela.

169. Olim erat 4. pars, & quovis titulo relinqui poterat. Hodie eſt triens, vel ſemis, portionis ab inteſtato debitæ.

170. Triens, ſi liberi ſunt quatuor, aut infra; ſemis, ſi nati ſint quinque vel ultra; tituloque inſtitutionis relinqui debet, *d. N. 118. cap. 3. in pr.* junct. *N. 10. cap. 1.*

171. Si minus quam legitima relictum ſit titulo inſtitutionis, tum competit condictio ex *l. 30. Cod. b. t.* ad ſupplementum legitimæ.

172. Quæ eſt perpetua & tranſit in heredes, cum querela intra quinquennium non mota, extinguatur, *l. 8. §. ult. ff. b. t.*

173. Nec etiam heredibus datur, niſi præparata, hoc eſt mota jam a defuncto, *l. 8. ff. b. t.*

174. Si vero legatum duntaxat, etſi majus legitima, tantum relinquatur, adhuc querela competit, per *d. Nov. 118. cap. 3. in pr.*

TIT. XIX. *De heredum qualitate & differentia.*

175. Heredes ſunt vel neceſſarii, vel voluntarii.

176. Neceſſarii,vel tales tantum,ut olim erant ſervi, vel neceſſarii & ſui ſimul, ut filiifamilias, *§. 1. & 2. b. t.*

177. Filiifam. dicuntur *ſui*, quia ipſo jure & immediate ſunt heredes,ut quaſi pro ipſis defunctis habeantur dominiumque rerum paternarum, magis continuari in illos, quam transferri videatur, *l. 11. ff. de lib. & poſth.*

178. Dicuntur neceſſarii, quia ex rigore juris civilis cogebantur olim eſſe heredes, ſive vellent, ſive nollent.

179. Sed jure Prætorio habent beneficium abſtinendi, quo hereditati paternæ ſubducere ſe poſſunt, cum eodem effectu, quo extranei heredes repudiare poſſunt, *§. 2. b. t.*

180. Nam ita termini in jure diſtinguuntur; ſui dicuntur ſe miſcere vel abſtinere, extranei adire vel repudiare.

181. Voluntarii heredes ſunt omnes, qui non ſunt ſui, hoc eſt, qui non fuerunt in poteſtate defuncti, quos etiam extraneos vocamus, licet proximo ſanguine junctos, *§. 3. b.*

182. Qui autem heredes fiunt, tenentur de cunctis oneribus, etiam ultra vires hereditarias, ideo datur illis duplex beneficium;

183. I. Eſt jus deliberandi, quo petit heres a judice novem menſes, a Principe annum, ut deliberet, an expediat ſibi adire hereditatem, vel non; quo tempore elapſo tenetur, *§. 5. b. t.*

184. Secundum, eſt beneficium inventarii; per quod heres, facta deſcriptione rerum hereditariarum, intra tres menſes, præſentibus creditoribus & legatariis, conſequitur hæc tria commoda;

185. I. Quod non teneatur ultra vires hereditarias, *l. ult. §. 4. C. de jure delib.*

186. II. Quod nihilominus deducere poſſit Falcidiam de legatis, Trebellianicam de fideicom. *d. l. ult. §. 4.*

187. III. Quod ſervare poſſit id,quod ſibi a defuncto debebatur, *d. l. ult. Cod. de jure delib.*

188. Incommoda neglecti inventarii, viciſſim 3. ſunt;

189. I. Tenetur heres creditoribus in infinitum.

190. II. Perdit Falcidiam, non tamen legitimam reſpectu legatariorum, nec quidem Trebellianicam.

191. III. Perdit hoc,quod ſibi a defuncto debebatur, *d. l. ult.*

192. Poſtremo, Hereditas acquiritur ipſo jure, vel facto.

193. Ipſo jure a ſuis heredibus.

194. Facto ab extraneis.

195. Idque adeundo, vel pro herede gerendo.

196. Aditio eſt declaratio, quod quis velit eſſe heres.

197. Pro herede geſtio, eſt demonſtratio re & facto ſignificata, quod quis heres eſſe velit.

198. Hinc ſui heredes, etiam ignorantes tranſmittunt heredit. ad ſuos ſucceſſores,quod hodie in omnibus liberis quanquam non ſuis,obtinet, *l. unic. Cod. de his, qui an. ap. rt. tab.*

199. Reliqui extranei heredes, non aliter tranſmittunt hereditatem ad ſuos ſucceſſores, quam ipſo facto aditam

Digitized by Google

aditam & acquiſitam, *§. ult. h. t. l. unic. §. 5. Cod. de caduc. toll.* niſi ex juſtiſſima cauſa reſtitutio in integrum concedatur, *l. 86. ff. de acqu. hered.*

TIT. XX. *De legatis.*

200. Legatum eſt donatio quædam, a defuncto relicta, ab herede præſtanda, *§. 1. h. t.*

201. Legari poſſunt res quælibet, mobiles & immobiles, etiam incorporales, veluti nomina & actiones, *§. 21. h. t.*

202. Et liberatio ab ære alieno, *§. 13. h.*

203. Et optio, qua heres ex plurimis rebus optimum eligere poteſt, *§. 23. h.*

204. Alioqui, cum res in genere legatur, tum electio eſt quidem legatarii, ſed non poteſt optimum elligere, *l. 27. ff. de legat. 1. §. 22. h. t.*

205. Res quoque aliena recte legatur, modo legatarius probet, teſtatorem ſciviſſe quod res aliena eſſet, *§. 4. h. t.* niſi conjuncta perſona ſit, ut parens, uxor, frater aut ſoror; his enim indiſtincte debetur, *l. 10. C. de fideicomm.*

206. Res quoque oppignorata recte legatur, ſed legatarius eam liberare debet, niſi probet, teſtatorem bene ſciviſſe, quod oppignorata eſſet, *§. 5. h. t.*

207. Si quis rei ſibi legatæ, interim dominus eſt factus ex cauſa lucrativa, is legatum petere non poteſt, ſecus ſi ex oneroſa, *§. 6. h. t.* quia duæ lucrativæ cauſæ concurrentes ſe invicem conſumunt, *d. §. 6.*

208. Res tamen, quæ nec ſunt, nec poſſunt eſſe in rerum natura, *§. 7. h.* vel quarum legatarius non habet commercium, non poſſunt legari, adeo, ut nec æſtimatio debeatur, *§. 4. h.*

209. Sed res aliena, ſi ipſa præſtari nequit, æſtimanda eſt, pretiumque legatario præſtandum, *d. §. 4.*

210. Si res una duobus conjunctim legetur, ac unus deficiat, neque legatum agnoſcat, tum pars deficientis accreſcit conjuncto, ſed poſt agnitum transmittitur.

211. Verum, ſi ſingulis partes diſtinctæ ejusdem rei legentur, tunc portio deficientis manet penes heredem, *§. 8. h. t. l. un. c. C. de caduc. toll.*

212. Si res legata perierit culpa aut facto heredis, ipſe tenetur, ſi caſu fortuito ante moram, tunc periculum eſt ipſius legatarii, *§. 16. h. t.*

213. Relinqui poſſunt legata omnibus, cum quibus eſt teſtamenti factio paſſiva, *§. 24. h. t.*

214. Et ſi in nomine ſit erratum, vel in demonſtratione ac deſcriptione rei talis error, modo voluntas conſtet, nihil nocet, *§. 29. & 30. h. t.*

215. Ne falſa quidem cauſa, ſive ratio impulſiva nocet, niſi heres probare poſſit, quod teſtator nullo modo legatum reliquiſſet, niſi putaſſet, cauſam illam eſſe veram, *§. 31. h. l. 72. §. 6. ff. de cond. & demonſtr.*

216. Poteſt legatum vel ante, vel poſt heredis inſtitutionem collocari, ſed naturalis ſitus eſt, ut inſtitutio, tanquam baſis & fundamentum, prius ponatur, legata ſequantur, *§. 34. h. t.*

217. Olim pœnæ cauſa non poterat legari, hoc eſt, ad coercendum heredem; hodie poteſt, modo conditio non ſit turpis, aut impoſſibilis, quæ vitiat legatum, *§. ult. h. t.* Scilicet, quia heredi adjicitur; nam ſi legatario eſſet adjecta, pro non ſcripta haberetur, *§. 10. ſupr. de hered. inſtit.*

TIT. XXI. *De ademptione legatorum.*

218. Legata adimuntur expreſſe, vel tacite.

219. Utroque modo verbis, aut re.

220. Verbis expreſſe, cum teſtator ait, quod legavi, hoc non do, non lego.

221. Verbis tacite, cum legatum transfertur ab uno in alium; ut, quod Titio legavi, hoc Cajo do, lego.

222. Re expreſſe, cum teſtator legatum delet, aut cancellat.

223. Tacite, cum rem legatam absque neceſſitate alienavit, *§. 12. praced. tit. & h. t.*

TIT. XXII. *De Lege Falcidia.*

224. Lege Falcidia cautum eſt, ut ſi heres quartam bonorum non habeat ſalvam, tantum de legatis detrahere poſſit, ut quartam ſuæ portionis retineat liberam, *pr. & §. 1. h. t.*

225. Judicium hoc, an quarta ſit ſalva, colligendum eſt ex quantitate bonorum, quæ tempore mortis fuit: incrementum aut decrementum poſtea ſuperveniens, non attenditur, *§. 2. h. t.*

226. Ceſſat lex Falcidia reſpectu teſtatoris, in teſtamento militis, *l. 7. C. h. t.* & cum teſtator expreſſe quartam detrahi prohibuit, *N. 1. cap. 2.*

227. Reſpectu heredis, ſi quibusdam legatariis non ignorans vires hereditatis, ſolida Legata ſolverit, & quando heres inventarium facere neglexit, *d. Nov. 1. cap. 2.*

228. Reſpectu rei Legatæ ceſſat in legato ad pias cauſas relicto, *Nov. 13. cap. 12.* in rebus alienari prohibitis, *auth. Sed & eat. Cod. hoc tit.*

229. Hactenus de his, quæ teſtamento directe relinquuntur, Liberalitates indirectæ vocantur Fideicommiſſa.

TIT. XXIII. *De Fideicommiſſ. Hereditatibus.*

230. Eſt autem Fideicommiſſum omne id, de quo quis ſuprema defuncti voluntate rogatus eſt, ut det, vel faciat.

231. Eſtque univerſale, vel particulare.

232. Univerſale, cum quis rogatur totam hereditatem, vel aſſis partem, alii reſtituere, *§. 1. h. t.*

233. Qui rogatur reſtituere, ille dicitur fiduciarius, & cui reſtitutio fieri debet, is eſt fideicommiſſarius.

234. Hac de re eſt Senatus-Conſultum Trebellianum, cujus tria ſunt capita, *Primum*, Ut heres rogatus cogi poſſit ad reſtitutionem hereditatis, ſed

tum

Digitized by Google

tum abſque omni damno, vel lucro, *l 4. ad SCtum Trebell.*

235. *Secundum*, ut heres, qui reſtituit hereditatem, quartam habeat ſalvam.

236. *Tertium*, ut pro rata onus æris alieni dividatur inter fiduciarium & fideicommiſſarium, *§. 7. h. t.*

237. Sed legata ſolvi debent a ſolo fideicommiſſario, niſi legatarius plus quarta habeat, *l. 1. §. ult. ff. eod. l. 1. C. de legat.*

238. Fructus percepti, dum bona erant apud fiduciarium, non reſtituuntur, ſed imputantur Quartæ, *l. 18. §. 1. ff. eod.* exceptis liberis primi gradus, qui habent quartam ſupra fructus, *l. 6. C. h. t.*

239 Quibus legitima debetur hi non poſſunt ſupra legit. deducere quartam Trebellianicam, quia hæc demum competit, cum quarta non eſt ſalva: ſed qui habet legitimam, ille plus quarta habet; aliter in foro receptum eſt. Sand. *lib. 4 tit. 7. def. 3.*

240. Poteſt quoque ab inteſtato fideicommiſſum relinqui, cum heres legitimus nullo facto teſtamento, rogatur alicui reſtituere hereditatem, *§. 10. h. t.*

241. Etiam ille, cui ex fideicommiſſo reſtituenda hereditas, denuo rogari poteſt, ut alii reſtituat hereditatem, quod eſt fideicommiſſum graduale, & hic rurſus alii, ac ita porro usque in perpetuum.

242. Sed tamen ultra quartum gradum vix extenditur, niſi enixa teſtatoris voluntas ſit in contrarium, *Nov. 159.*

243. Cæterum, quarta non niſi ſemel deduci poteſt.

244. Cum teſtator heredem coram rogavit, ut reſtituat, tum valet fideicommiſſum ſine ullis ſolennibus & teſtibus, denique, ſi neget heres, jurare debet, *§. ult. h.*

245. Alioqui teſtes quinque requiruntur, in omni ultima voluntate, *l. ult. in fin. Cod. de jure Codicill.*

TIT. XXIV. *De ſingulis rebus per fideic. relictis.*

246. Particulare fideicommiſſum eſt, cum heres vel legatarius rogatur a teſtatore, ut rem certam alii reſtituat, veluti fundum, vel pecuniam, *pr. h. t.* Sed hoc jure novo in effectu nihil differt a legato, *§. 3. ſupra de Legat.*

247. Verbis tantum diſcrepant, ita, ut quod verbis directis & imperativis relinquitur, legatum dicatur; quod obliquis & precativis, fideicommiſſum, *§. ult. h. t.*

TIT. XXV. *De Codicillis.*

248. Quia ſæpe fit, ut homines non poſſint tot adhibere ſolennitates, quot in teſtam. requiruntur, placuit recipere codicillum.

249. Qui eſt, teſtati vel inteſtati voluntas minus ſolennis, carens heredis inſtitutione.

250. Fit enim teſtato vel ab inteſtato; cum teſtato fit, tum vires capit ex teſtamento; cum ab inteſtato, tum ſua vi ſubſiſtit, & heres legitimus relicta implere debet, *l. 8. in pr. & §. 1. ff. h. t.*

251. Directe quidem in codicillo, nec heredis inſtitutio, neque exheredatio, nec adjectio conditionis, vel ſubſtitutio fieri poteſt, ſed per fideicommiſſum hæc omnia recte codicillis inſeruntur, *§. 2. h. t. l. 2. C. h t.*

252. In codicillo, duo ſolennia requiruntur, 1. ut quinque teſtes adſint, 2. ut ſine interruptione fiat; reliqua ſolennia teſtamentorum hinc abeſſe poſſunt: ideoque & mulier poteſt eſſe teſtis in codicillo, & plures codicilli omnes valere poſſunt, *§. ult. h. t.*

253. Teſtamentum vitioſum valet jure codicilli, ſi clauſula codicillaris adjecta ſit, *l. 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.*

254. Effectus hujus clauſulæ eſt, quod heres ab inteſtato rogatus cenſeatur, ea. quæ perperam teſtamento ſunt diſpoſita, per modum fideicommiſſi ſupplere, *l. 2. §. ult. h. t. l. 13. §. ult. h. t. l. 76. ff. ad Sc. Trebell.*

255. Supplet hæc clauſula defectum ſolennitatum; ſed vitia, quæ teſtamentum ſolenniter factum ſubverterent, emendare non poteſt; ut liberorum præteritionem, vel exheredationem, &c. Aliter in foro ſervant, Sandius *l. 4. tit. 1. def. 12.*

LIB. III.

De ordine ſuccedendi ab inteſtato.

TRedecim priores libri tertii titulos, quia nihil quam jus obſoletum continent, præteribimus, eorumque loco *Nov. 118.* de ſucceſſ. ab inteſtato breviter exponemus.

2. Tres ſunt ordines ſuccedentium ab inteſtato: 1. deſcendentium, 2. adſcendentium, 3. collateralium.

3. Deſcendentes, ſunt vel ex juſtis nuptiis, vel extra eas.

4. Extra has ſunt vel Legitimi, vel Illegitimi. Legitimi, ut 1. adoptivi, qui ſuccedunt ut naturales, *§. 41. I. de Succeſſ. ab inteſt.*

5. 2. Legitimati, qui ſuccedunt, ſi per ſubſequens matrimonium legitimi ſint facti, *§. 2. eod. tit.* per reſcriptum Principis non aliter, quam deficiente prole legitima, *Nov. 89. c. 9.*

6. Illegitimi ſunt, nothi, ſpurii, nefarii, quales inceſtuoſi, adulterini.

7. Naturales non legitimati, ſuccedunt matri ſimpliciter, patri in ſextantem, cum matre dividendum; ſi legitima proles deſit; quâ extante, tantum ſunt alendi, *d. N. 189.*

8. Spurii, hoc eſt patre incerto nati, paternam ſucceſſionem nullo modo habere poſſunt; matri ſuccedunt, niſi illuſtris ſit & liberos habeat legitimos, *l. 5. Cod. ad SCtum Orphit.*

9. Liberi adulterini, inceſtuoſi, & contra alia legum præcepta nati, adeo non ſuccedunt, ut ne alimentis quidem digni habeantur. *N 89. cap. ult.*

10. Liberi ex juſtis nuptiis, ſunt vel ex eodem, vel ex diverſis matrimoniis.

11. De his qui e diverſis, hæc regula eſt; communi parenti ſuccedunt communiter, proprio ſeparatim; exceptis iis, quæ parens communis a priori conjuge, vel a liberis prioris matrimonii præmortuis lucratus eſt.

12. Hæc enim ejusdem matrimonii liberis cedunt ſolis, *l. 3. C. de ſecund. Nupt.*

13. Liberi ejusdem matrimonii, ſunt vel primi, vel ulterioris gradus.

14. Liberi primi gradus ſuccedunt in capita, ulterioris in ſtirpes, ſive jure repræſentationis; quando plures liberi tantundem accipiunt, quam ſolus eorum parens habiturus fuiſſet.

15. Hæc repræſentatio in linea deſcendenti ſemper & in infinitum habet locum, *cap. 1. d. Nov. 18.*

16. Deficientibus liberis vocantur adſcendentes, ita ut prior gradu potior ſit jure; pares gradu, jure etiam pares.

17. In primo gradu dividunt bona in capita; ſed in ulteriori, diviſio fit ſecundum lineas, ita ut adſcendentes materni auferant unum, paterni alterum ſemiſſem licet numeri diſparis, & licet ab uno latere cuncta bona venerint.

18. Cum adſcendentibus tamen vocantur fratres & ſorores utrinque conjuncti & liberi præmortuorum, hi in ſtirpes, reliqui in capita, *Cap. 2. dict. Nov. 118.* juncta *Nov. 127. Cap. 1.*

19. Sequuntur Collaterales, quorum primi vocantur fratres & ſorores, defuncto utrinque conjuncti, & præmortuorum liberi, ſed hi in ſtirpes.

20. Ab uno latere conjuncti excluduntur, etiam a liberis fratrum germanorum.

21. Si vero nulli ſint fratres, ſed tantum liberi fratrum, tum hi in capita pariter admittuntur, licet ex uno fratre plures quam ex altero ſint nati.

22. Nam repræſentatio in hac linea non habet locum, niſi liberi concurrant cum propriis thiis, vel uno ſaltem ex illis.

23. Liberi Germanorum præferuntur liberis uterinorum & conſanguineorum, quia parentes eorum præcedunt, ergo & ipſos.

24. Sed fratres uterini & conſanguinei, æquale jus habent, pariterque ſuccedunt, ſine diſcrimine inter paterna maternaque bona; quod ſecus in foro receptum videtur, Sand. *l. 4. tit. 7. def. 1.*

25. Secundum hos reliqui agnati, cognati mares, fœminæ, juxta ordinem graduum ſimpliciter vocantur, potius qui priores ſunt; pariter, qui pares ſunt.

26. Hinc patruus defuncti & fratris filius ſimul ſuccedunt; nam quod filius fratris præfertur in *d. cap. 2.* id accipiendum de concurſu cum propriis thiis & adſcendentibus defuncti, non aliter.

27. Deficiente omni ſanguinis linea, poſtremo conjuges vocantur ex Edicto prætoris, *Unde vir & uxor.*

28. Imo & alias conjux pauper ſuccedit defuncto locupleti in virilem portionem, ſi plures ſint tribus liberis, ſi pauciores, vel nulli, tunc in quartam, *auth. Præterea. Cod. Unde vir & uxor.*

29. Si nec conjuges extent, bona, ut vacantia, ad fiſcum devolvuntur, modo intra quadriennium agnoſcantur, *l. 1. C. de bon. vacant.*

TIT. XIV. *De Obligationibus.*

30. Dictum eſt de acquiſitione dominii, ſequitur obligatio, quæ eſt juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ, ſecundum noſtræ civitatis jura, *pr. h. t.*

31. Dividitur in naturalem, civilem, & mixtam.

32. Naturalis eſt, quæ nititur ſolo æquitatis vinculo, ut ex pacto nudo; hæc non parit actionem, ſed tantum exceptionem.

33. Civilis eſt, quæ æquitate deſtituta, legum ſubtilitate nititur, ut eſt obligatio ejus, qui metu coactus aliquid promiſit; Talis parit actionem, ſed quæ per exceptionem eliditur.

34. Mixta eſt, quæ & æquitate & vi legum fulcitur.

35. Hæc oritur ex contractu, vel delicto, utroque vero vel quaſi, *§. ult. h. t.*

36. Contractus eſt duorum vel plurium in idem placitum conſenſus, ſua vi producens obligationem & actionem.

37. Eſtque duplex, nominatus & innominatus; ille, qui certum & diſtinctum nomen habet; hic, qui certo nomine caret.

38. Hujus quatuor ſunt ſpecies, qui ſic exprimuntur; do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.

39. Nominati contractus ſunt quadruplices; contrahuntur enim, aut re, aut verbis, aut literis, aut conſenſu. De quaſi-contractibus infra agetur.

TIT. XV. *Quibus modis re contrahitur.*

40. Re dicuntur iniri obligationes, quæ non aliter quam traditione perficiuntur.

41. Tales

Digitized by Google

41. Tales ſunt quatuor, mutuum, commodatum, depoſitum, pignus.

42. Mutuum eſt contractus, quo res conſtans pondere, numero & menſura, datur alicui utenda & abſumenda, hac lege, ut in eodem genere, non in ſpecie reſtituatur.

43. Actio, quæ hinc naſcitur, condictio certi appellatur, *pr. h. t.*

44. Commodatum eſt contractus, quo certa corpora dantur utenda ad certum modum ac tempus, hac lege, ut in eadem ſpecie reſtituantur.

45. In mutuo transfertur dominium, in commodato uſus tantum.

46 In mutuo caſus fortuitus eſt periculo accipientis.

47. In commodato, ſi res fortuito pereat, hoc damnum eſt commodantis, commodatarius tantum de culpa tenetur.

48. Culpa autem eſt triplex, lata, levis & leviſſima.

49. Regula autem de præſtatione culpæ, hæc eſt: in quo contractu vertitur utilitas ejus tantum, qui de culpa queritur, ibi tantum lata culpa præſtatur, hoc eſt, inexcuſabilis negligentia mulctatur.

50. Ubi vero ejus tantum vertitur utilitas, qui de culpa accuſatur, ibi leviſſima culpa præſtatur, hoc eſt, ſi alius ullo modo diligentior eſſe potuiſſet.

51. In quibus denique utilitas utriusque conſiſtit, ibi levis culpa mulctatur, hoc eſt, quod contra officium diligentis patris familias eſt commiſſum.

52. Hæ regulæ ſunt in *l. 5. §. 2 ff. Commodati.*

53. Igitur, ſi commodatarius culpam admiſerit; quia tantum in ipſius gratiam contractus initur, omnem, id eſt, leviſſimam præſtare debet.

54. Depoſitum eſt contractus, quo res mobilis datur alicui cuſtodienda, ſub fide eandem reſtituendi.

55. Actio inde naſcitur directa & contraria, ut etiam ex commodato.

56. Directa datur commodanti & deponenti ad rem repetendam.

57. Contraria, depoſitario & commodatario, ad repetendas impenſas in rem factas, cum eo quod intereſt utrobique.

58. Species depoſiti eſt ſequeſtratio, cum res litigioſa apud tertium deponitur.

59. Eaque duplex eſt, voluntaria & neceſſaria.

60. Voluntaria fit conſenſu partium, neceſſaria per auctoritatem judicis.

61. Sed hæc non eſt licita, niſi ſpecialis neceſſitas eam poſtulet, *l. un. C. de prohib. ſequeſt.*

62. Quartus realis contractus, eſt pignus, *§. ult. h. t.* quando debitor creditori rem dat cuſtodiendam in ſecuritatem crediti.

63. Actio inde naſcitur pignoratitia, quæ eſt directa vel contraria.

64. Directa datur debitori ſoluta pecunia, ad pignus repetendum.

65. Contraria creditori ad repetendas impenſas, & quod intereſt præterea.

66. Culpa in hoc contractu, quia utriusque vertitur utilitas, levis, hoc eſt mediocris præſtatur, *l. 5. §. 2. ff. Commod.*

TIT. XVI. *De verborum obligat.*

67. Obligatio, quæ verbis contrahitur, ſtipulatio dicitur, quæ olim fiebat per ſolennem verborum conceptionem, *§. 1. h. t.*

68. Poteratque tantum inter præſentes & ſine intervallo fieri, *§. 11. Inſt. infra de inutil. ſtipulat. l. 1. §. 1. ff. h. tit.*

69. Vulgaribus verbis facta promiſſio, pactum nudum dicebatur, poteratque per literas, vel per nuncium fieri, *t. tit. ff. de pactis.*

70. Sed ex eo non dabatur actio, *l. 7. in pr. & §. 1. eod. t.*

71. Verum hodie ſolennitas verborum non modo ſublata eſt, ſed & quælibet promiſſa, licet inter abſentes facta, pariunt obligationem, ita ut nunc pacta ſint tantum in uſu, omniaque vim ſtipulationis habeant.

72. Fieri poteſt promiſſio pure, vel in diem, aut ſub conditione, *§. 2. & 4. h. t.*

73. Pure, cum obligatio ſtatim naſcitur, & ſtatim peti poteſt, niſi quod judex juſtum aliquod laxamentum dare poſſit, *§. ult. infra de inutil. ſtipul.*

74. Obligatio in diem, naſcitur quidem ſtatim, ita ut ſolutum repeti non poſſit, *l. 10. ff. de condict. indeb.* ſed peti cum effectu poteſt die præterlapſo *§. 2. h. t.*

75. Scilicet, cum nata eſt obligatio ſine effectu petendi, dies dicitur cedere; quando cum effectu peti poteſt, dies venire dicitur.

76. Actio ex promiſſione dicitur, vel ex ſtipulatu, vel condictio certi.

77. Hæc, cum id, quod in obligationem deducitur, certum eſt, hoc eſt, ubi conſtat, quid, quale, quantum ſit.

78. Ex ſtipulatu datur, ubi res incerta eſt, qualis eſt ſi quis factum promiſit.

79. Nihil autem obſtat, quo minus hic ipſe cogatur ad faciendum quod promiſit, etſi plerumque, ſi non faciat, in id quod intereſt agatur, *l. 72. ff. h. t.* Quod cum incertum ſit, pœnalis ſtipulatio ejusmodi promiſſis ſubjungi ſolet, *§. ult. h.*

Digitized by Google

TIT. XVII. *De duobus reis ſtipul. & promitt.*

80. Quando duobus eadem res vel pecunia promittitur in ſolidum, illi ſunt duo rei ſtipulandi.

81. Et cum duo ſeſe in ſolidum obſtringunt, illi ſunt duo rei debendi.

82. Hi olim non habebant beneficium diviſionis, ſed Doctores & uſus fori hoc ipſis largitur, per *Nov. 99.* quæ tamen loquitur tantum de fidejuſſor. qui pro ſe mutuo ſpoponderunt.

83. Poſſunt hi duo rei in quolibet contractu conſtitui, *l. 9. ff. h. t.*

TIT. XVIII. *De ſtipul. ſervorum prateribimus.*

TIT. XIX. *De Diviſione ſtipulat.*

85. Stipulationes ſunt quadruplices, Prætoriæ, Judiciales, Communes & Conventionales.

86. Prætoriæ ſunt, quæ abſque litis conteſtatione a magiſtratu injunguntur; quanquam, an præſtanda ſint, vel non, litigari quidem poſſit.

87. Tales ſunt, ſtipulatio damni infecti, qua dominus ædium ruinoſarum cavere debet vicino; vel ſtipulatio legatorum, qua heres cavet de legato reſtituendo; item cautio de evictione; cautio quod res vendita non ſit vitioſa; & cautio fructuaria *§. 2. h. t.*

88. Omnes hæ ſtipulationes Prætoriæ debent per fidejuſſores confirmari, *l. 7. ff. de prætor. ſtipul.*

89. Judiciales ſunt, quæ in judicio poſt litem conteſtatam præſtari jubentur, veluti de reſtituendo rei pretio, ſi ſuſpicio ſit, ne res, de qua lis eſt, dilapidetur, vel dolum malum abeſſe, abſuturum eſſe, *§. 1. h. t.*

90. Communes ſunt, quæ aliquando a Judice, aliquando a Magiſtratu, modo extra, modo poſt litem conteſtatam, præſtari jubentur, ut eſt cautio de rato; ad quam procurator actoris, cujus mandatum non eſt liquidum, tenetur, *§. ult. h. t.*

91. Conventionales, ſunt reliquæ omnes ſtipulationes, quibus aliquid promittitur, *§. 3. h. t.*

TIT. XX. *De Inutilibus ſtipulat.*

92. Inutiles ſunt ſtipulationes, 1. ratione perſonarum, 2. ratione formæ, 3. ratione materiæ ſubjectæ.

93. Ratione perſonarum, ſi mutus, ſurdus, furioſus, infans, ſtipuletur aut promittat, *§. 7. 8. & 9. h. t.*

94. Prodigus & pupillus ſtipulari quidem poſſunt, promittere non poſſunt, *d. §. 9. & l. 6. ff. de verb. obligat.*

95. Alius quoque pro alio ſtipulari nequit, niſi ſua interſit, aut in poteſtate ſit ejus, cui ſtipulatur, *§. 4. & 18. h. t.*

96. Ratione formæ, inutilis eſt ſtipulatio, ſi interrogatio & reſponſio non conveniant, *§. 5. h.* quatenus tamen diſcrepantia diviſibilis eſt, ut in ſumma pecuniæ, valet obligatio, *l. 1. §. 4. de verb. oblig.*

97. Diſſenſus circa res ipſas, vitiat ſtipulationem, non æque circa materiam & qualitates, *§. 22. h. t. l. 22. de verb. oblig.*

98. Conditio impoſſibilis, vitiat contractum, *§. 10. h. t.*

99. Abſentia vitiat ſtipulationem, *§. 11. h.* quod tamen hodie ſecus eſt, quia ſolennitas verborum amplius non ſpectatur.

100. Ratione materiæ non poteſt promitti res, quæ eſt extra commercium, *§. 1. h.*

101. Neque res aut factum turpe, *§. 23. h.*

102. Denique, proprias res inutiliter ſtipulamur, *§. 21. h. t.*

TIT. XXI. *De Fidejuſſoribus.*

103. Fidejuſſor eſt, qui ſtipulanti creditori promittit, ſua fide & periculo fore quod alius debet, manente tamen obligatione principali.

104. Ab eo differt expromiſſor, qui alienam obligationem novandi animo, in ſe recipit; ita ut primus debitor plane liberetur, *§. 3. infra quib. mod. toll. oblig.*

105. Dantur fidejuſſores in omnibus cauſis, exceptis criminalibus, in quibus agitur ad cruciatum corporis, quamvis & ibi aliquando fidejuſſor, judicio ſiſtendi cauſa admittatur, *l. 1. cum ſeqq. ff. de cuſt. reor. §. 1. h. tit.*

106. Si plures ſint fidejuſſores, illi habent beneficium diviſionis, ut ſinguli pro parte ſua tantum teneantur, *§. 4. h. t.*

107. Et ſi ſolidum ſolvant, prius petere poſſunt, ut actiones ſibi cedantur, *l. 36. ff. h. t.*

108. Noviſſime datum quoque eſt beneficium ordinis ſive excuſſionis, qua nullus fidejuſſor conveniri poteſt cum effectu, antequam debitor principalis ſit excuſſus, niſi hic procul abſit, & ſponſor ſit præſens, *Nov. 4. cap. 1.* ubi hoc beneficium extenditur quoque ad tertium poſſeſſorem hypothecæ.

109. His tribus beneficiis poteſt renunciari, per *l. ult. Cod. de pactis,* ſed beneficio cedendarum vix ſolet renunciari, quia non præjudicat creditori.

110. Hæredem fidejuſſoris manere obligatum, non eſt dubium, *§. 2. h. t.*

111. Actio fidejuſſori, quando ſolvit, datur, mandati adverſus debitorem principalem, ſi rogatus ſit; ſi ultro ſpoponderit, datur actio negot. geſtorum, *§. 6. h.*

Digitized by Google

TIT. XXII. *De literar. obligationibus.*

112. Literis obligatur, qui ſcripſit in chirographo, ſe accepiſſe pecuniam, quam tamen non accepit; hic intra biennium habet tria remedia.

113. I. Poteſt proteſtari de numeratione non facta.

114. II. Poteſt condicere ſuum chirographum, *l. 7. 8. & 9. C. de non num. pecun.*

115. III. Si conveniatur, habet except. non num. pecuniæ, quam creditor non aliter poteſt elidere, quam probando numerationem, *l. 10. & l. 14. eod. t.*

116. Elapſo biennio, nullum habet remedium, *d. l. 14.*

TIT. XXIII. *De obligat. ex conſenſu.*

117. Conſenſu ineuntur obligationes quidem omnes; ſed quæ ſolo & nudo conſenſu perficiuntur, hæ per excellentiam dicuntur conſenſuales.

118. Ut ſunt emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, mandatum.

TIT. XXIV. *De empt. & vend.*

119. Emptio venditio eſt, conventio, qua id agitur, ut rei dominium certo pretio in aliquem transferatur.

120. Dicimus, *id agitur*, neque enim ſemper transfertur dominium, ut cum res aliena venditur, quod fieri poteſt, *l. 8. ff. de contrah. empt.*

121. Tria hujus contractus ſubſtantialia dicuntur, conſenſus, merx, & pretium.

122. Quamprimum perfectus eſt conſenſus, valet confeſtim contractus, niſi convenerit, ut in ſcriptura fiat, *pr. h. t.*

123. Perfecto contractu, venditor præciſe cogitur ad rem tradendam, & emptor ad pretium ſolvendum, *l. 6. Cod. de reſcind. vend.*

124. Pretium debet præciſe conſiſtere in pecunia numerata; nam ubi res pro re datur, eſt permutatio, & vocatur contractus innominatus.

125. Periculum rei venditæ nondum traditæ, ex caſu fortuito, pertinet ad emptorem, ut & commodum atque augmentum, *§. 3. h. l. 14. ff. de peric. & comm. rei vend.*

126. Actio inde naſcitur Empti & venditi, utrimque directa; Illa datur Emptori, ad rem; hæc Venditori, ad pretium petendum.

TIT. XXV. *De Loc. & cond.*

127. Locatio conductio, eſt conventio de re fruenda, vel facienda, pro certa mercede.

128. Eſt igitur aut rerum, aut factorum. Emphyteuſis eſt affinis huic contractui, ſed quomodo differat, ex definitione colligitur.

129. Nam Emphyteuſis eſt contractus, quo dominus fundi ſui uſum & fructum, & jus dominii proximum, alicui tradit hac lege, ut quamdiu penſionem ſolvat, illud jus retineat, *§. 3. h. t.*

130. Finitur Emphyteuſis, ſi Emphyteuta ſuum jus abſque domini conſenſu alienet, *l. 3. Cod. de jure Emphyt.*

131. Sed locatio conductio finitur præcipue, I. Si tempus præfinitum ſit elapſum, II. Si conductor re male utatur, III. Si dominus ipſe ſua re neceſſario indigeat, *l. 3. Cod. locat.* denique IV. ſi conductor intra biennium non ſolvat mercedem, *l. 56. D. eod. tit.* In emphyteuſi eſt triennium.

132. Culpam præſtat conductor levem, quia utriusque utilitas hic vertitur, *l. 5. §. 2. ff. commodati.*

TIT. XXVI. *De Societate.*

133. Societas eſt conventio de rebus, lucroque & damno, communiter habendis.

134. Eſt vel generalis omnium bonorum, vel ſpecialis certarum rerum.

135. Simpliciter inita, generalis intelligitur, ſed tantum quoad lucrum & damnum ex negotiatione ſeu quæſtu, *l. 7. cum ſeqq. ff. h. t.*

136. Verum expreſſe de omnibus bonis inita ſocietas, hereditates quoque omniaque lucra & damna complectitur, *l. 3. & l. 73. ff. h. t.*

137. Partes lucri & damni ſunt, æquales, juxta proportionem ſortis, quam quisque contulit, *§. 1. h.* ſed pacto inæqualitas poteſt conſtitui; modo ne unus ferat omne damnum, & alter omne lucrum.

138. Finitur ſocietas, I. Renunciatione unius ex ſociis, propter odium communionis, licet pactum ſit contra, *§. 4. h. t. 14. & 70. ff. h. t.*

139. II. Morte unius ex ſociis, inter reliquos omnes ſolvitur ſocietas, nec pacto quidem ad heredes tranſire poteſt, ſed pacto inter reliquos ſuperſtites poteſt durare ſocietas, *§. 5. hic. l. 59. & l. 65. §. 11. ff. h. t.*

140. III. Finito negotio ſolvitur ſocietas. IV. amiſſis ſocii bonis, tollitur ſocietas, ut confiſcatione & ceſſione bonorum, *§. 7. & 8. hic.*

141. Actio hinc naſcitur pro ſocio, utrinque directa, & culpa præſtatur levis, *§. ult. h. t.*

TIT. XXVII. *De Mandato.*

142. Mandatum eſt contractus, quo quis rogatus negotia alterius gratis ſuſcipit adminiſtranda.

143. Eſt vel generale, de omnibus bonis, vel particulare, de certis rebus.

144. Culpa hic leviſſima præſtatur, *l. 21. C. h. tit.*

145. Finitur mandatum, I Revocatione, II Renunciatione, utroque caſu re adhuc integra impune;

alioqui renuncians & revocans, tenentur ad id quod intereſt, niſi juſtæ cauſæ aliud ſuadeant, *§. 9. & 11. h.*

146. III. Finitur morte mandantis, vel mandatarii, *§. 10. h.*

147. Etſi autem gratuitum ſit mandatum, poteſt tamen ſalarium accedere; At, hoc non petendum actione mandati, ſed ex ſtipulatu, vel extra ordinem, *§. ult. h. t.*

TIT. XXVIII. *De Oblig. quæ quaſi ex contractu naſcuntur.*

148. Quaſi-contractus ſunt facta licita, ex quibus ſine conventione naſcitur obligatio.

149. Tales 5. ſunt: *Primus* negotiorum geſtio, cum quis ſine mandato abſentis negotia gerit.

150. Negotiorum geſtor, ſi neceſſitate urgente, rem ſuſceperit, tantum de lata culpa tenetur, *l. 3. §. 9. ff. de negot. geſt.*

151. Si ſponte ſine neceſſitate, leviſſimam culpam præſtat, *§. 1. in fine h. t.*

152. *Secundus* quaſi-contractus eſt, Tutelæ adminiſtratio, unde naſcitur actio tutelæ directa, & contraria.

153. Illa datur pupillo contra tutorem, finita tutela, ut reddat rationes, & reliqua præſtet.

154. Contraria datur tutori, ad repetendas impenſas, & omnem indemnitatem, *§. 2. h. l. 4. de tutelæ act.*

155. Inter curatorem & minorem eadem datur, ſed utilis actio, quæ, durante etiam cura, poteſt moveri, *l. 16. §. 1. de tutel. act.*

156. *Tertius* quaſi-contractus, eſt rei communio, cum duo vel plures rem eandem habent communem, coheredes aut ſine conventione de ſocietate, ut cum duo ſunt collegatarii.

157. Hinc duplex naſcitur actio, familiæ erciſcundæ, quæ datur ad diviſionem rerum hereditariarum, & communi dividundo, ad diviſionem rerum ſingularum.

158. *Quartus* quaſi-contractus, eſt aditio hereditatis.

159. Unde naſcitur actio perſonalis ex teſtamento.

160. Quæ datur legatariis & fideicommiſſariis adverſus heredem, pro ſolvendis legatis & fideicommiſſis, *§. 5. h. t.*

161. Sed creditores hereditarii agunt eadem actione, quam contra defunctum habuiſſent, adeoque non ex quaſi-contractu.

162. *Quintus* quaſi-contractus, eſt ſolutio indebiti, unde naſcitur condictio indebiti, quæ datur ei, qui ſolvit per errorem quod non debebat, ſaltem naturaliter, *§. 6. h. t.*

TIT. XXIX. *Per quas perſonas obligatio acquiritur.*

163. In hoc titulo nihil eſt ſpeciale, quod non fuerit ſupra in tit. *per quas perſonas cuique acquiritur.*

164. Nam acquiſitio obligationum eandem habet rationem, quam dominii acquiſitio per ſervos & per filiosfam. pro diverſitate peculiorum.

TIT. XXX. *Quib. mod. toll. oblig.*

165. Obligatio tollitur vel ipſo jure, vel per medium exceptionis.

166. Modi, quibus ipſo jure tollitur, ſunt IV. Solutio, acceptilatio, novatio & contrarius conſenſus.

167. *Solutio* eſt naturalis ſive vera præſtatio, ejus quod debetur, *in pr. h. t.*

168. *Acceptilatio*, eſt verborum conceptio, qua creditor debitorem ſuum ita liberat, ac ſi ſolviſſet; a qua differt apocha, quæ eſt confeſſio pecuniæ ſolutæ, *§. 1. h.*

169. *Tertius* modus eſt *novatio*, quæ definitur prioris debiti in aliam obligationem transfuſio, atque translatio.

170. Fitque dupliciter, per delegationem, aut citra illam.

171. Delegatio eſt novi debitoris in locum prioris ſubſtitutio. Ille novus debitor vocatur *expromiſſor.*

172. Sine delegatione fit novatio, cum manentibus eodem debitore & creditore, genus obligationis tantum mutatur, ut ſi debitor ex empto, ſe quaſi ex mutuo fœneratitio debitorem conſtituat, *l. 6. C. de reb. cred. §. 3 h. t.*

173. *Quartus* modus eſt, contrarius conſenſus partium, quo tolluntur contractus conſenſuales re adhuc integra, nam ſi res jam tradita ſit pretiumque ſolutum, tunc omnia retro agenda ſunt.

174. Præter hos quatuor modos ſunt adhuc alii.

175. I. *Compenſatio*, quæ eſt debiti & crediti inter ſe contributio.

176. Statim enim ac meus creditor mihi viciſſim debere cœpit, obligatio mea tollitur ipſo jure, vel minuitur ad concurrentem ſummam.

177. Debent autem quantitates eſſe, non corpora, quæ compenſantur, item liquida, non controverſa, *l. ult. C. de comp.*

178. *Sextus* modus eſt confuſio, quæ eſt debiti & crediti in eandem perſonam concurſus, veluti, cum debitor ſit heres creditori, vel creditor ſuccedit debitori, *l. 75. ff. de ſolut.*

179. *Denique*, rei interitus ſine culpa debitoris, liberat ipſum, *l. 23. ff. de verb. oblig.*

180. *Poſtremo*, depoſitio & obſignatio pecuniæ, habet effectum ſolutionis, *l. 9. C. de ſolut.*

LIB. IV.

Digitized by Google

LIB. IV.

TIT. I. *De Obligat. ex delict.*

1. DElicta, quæ ſecundum obligationis fontem conſtituunt, ſunt vel publica, vel privata.

2. Publica; de quibus ob atrocitatem expreſſe leges ſunt latæ, & de quibus olim cuilibet accuſandi jus competebat, de quibus *t. ult.* hujus libri.

3. Privata ſunt, de quibus hi tantum agunt, ad quos res pertinent, ut ſunt furtum, rapina, damnum & injuria

4. De his agitur, aut criminaliter, aut civiliter, *l. ult. ff. de priv. delict.*

5. Criminaliter, cum ad publicam animadverſionem proceditur

6. Sed hoc genus agendi hodie procuratoribus publicis rerum criminal. committitur

7. Civiliter agunt, qui petunt commodum pecuniarium ſibimet applicandum.

8 Et hoc modo tractantur in his titulis.

9 Furtum eſt contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel rei alienæ ipſius, aut uſus ejus poſſeſſionisve. *§. 1. h. t.*

10. Furtum uſus committitur ab eo, qui re depoſita vel commodata ſuo commodo utitur, aliter quam convenit.

11. Furtum poſſeſſionis facit debitor, rem à ſe oppignotatam creditori ſurripiens, *§. 6. 7 & 10. h. t.*

12. Furtum eſt duplex, manifeſtum & non manifeſtum; illud, quando fur cum re ablata deprehenſus eſt, antequam detuliſſet eam, quo deſtinaverat; non manifeſtum contra intelligitur.

13. Pœna manifeſti eſt quadruplum, & non manifeſti duplum, *§. 5. h. t.*

14. Pœna capitis, quæ aliquando hodie furibus infligitur, ſupra exemplum juris Divini, & Romani, & omnium gentium antiquarum eſt, nec ſatis congruit proportioni juſtitiæ.

15. Datur actio furti illis, quorum intereſt, etſi non ſint domini, ut conductoribus, creditoribus, & commodatariis, *§. 13. & ſeqq.* Præter actionem furti pœnalem, datur & condictio furtiva, ad repetendam rem ipſam vel ejus æſtimationem, a fure vel ejus herede, *§. ult. hic.*

TIT. II. *De Vi bonorum raptorum.*

16. Rapina eſt violenta rei mobilis ablatio, fraudandi & lucrifaciendi animo facta.

17. Nam ſi talis animus abſit, ut, ſi quis rem ſuam vel ſibi debitam, aut quam putat ſuam eſſe, vel ſibi deberi per vim poſſeſſori eripiat, is raptor non eſt, ſed tamen delinquit; quia non legitimo tramite rem repoſcit, adeoque perdit rem ſuam, vel ſi res ſua non ſit, duplo punitur, *hic §. 1. l. 13. ff. quod metus cauſ.*

18. Idem eſt, ſi res immobilis invaſa fuit, nam furtum vel rapina rei immobilis non fit, *l. 7. Cod. unde vi.*

19. Actio de vi bonor. raptor. eſt in quadruplum, cui ineſt ſimplum, ſive pretium rei, *pr. h. t.* & datur iisdem, quibus actio furti, *in fin. h.*

20. Competit illis, quorum intereſt, ut de furto dictum, *§. ult. h. t.*

TIT. III. *De Lege Aquil.*

21. Damnum injuria datum, punitur lege Aquilia, cujus duo ſunt capita.

22. *Primo* cautum eſt, ut qui ſervum vel pecudem alterius occidit, puniatur quanti res plurimi fuerit, intra annum proximum retro computandum, *§. . h. t.*

23. *Capite 2.* cavetur, ut is, qui aliud damnum præter cædem dedit, præſtet quanti res plurimi fuerit intra dies *30. §. 13. h.*

24. Sed hodie utroque caſu, ſimpliciter in id quod intereſt, agi ſolet.

25. Culpa hic leviſſima punitur, ſed caſus fortuitus aut neceſſitas excuſatur, *§. 6. & ſeqq. h. t.*

26. De homine libero cæſo, aut vulnerato. agitur utili judicio legis Aquiliæ, in id quod intereſt, *l. 3. ff. ſi quadr. paup.*

TIT. IV. *De injuriis.*

27. Injuria, eſt delictum in contumeliam alterius dolo malo commiſſum.

28. Fitque tribus modis *re*, veluti verberibus, aliove facto, *verbis*, ut convitio, *literis*, ut libello famoſ *§. 1. h. t.*

29. Pœna realis injuriæ ex L. Cornelia, & verbalis ex jure Prætorio, eſt hæc, quod is, qui paſſus eſt injuriam, æſtimet eam, eamque æſtimationem judex moderetur, *§. 7. 8. & 9. h. t.*

30. Tollitur hæc actio, I. per diſſimulationem, ſi quis contumeliam riſu vel contemptu transmittat; is enim poſtea ad animum eam revocare non poteſt.

31. *Secundo* per remiſſionem, ſive expreſſam, vel tacitam, quæ fit per familiarem converſationem, aliaque animi ſigna reconciliati.

32. *Tertio*, Verbalis injuria tollitur anni ſpatio. *l. 4. C. de injur.* ſed realis eſt perpetua.

33. *Denique*, morte finitur injuria, antequam lis conteſtata fuit, *§. ult. h. t.*

TIT. V.

TIT. V. *De Oblig. ex quaſi-delicto.*

34. Quaſi-delicta ſunt facta delictis adfinia, qualia in hoc tit. quatuor recenſentur.

35. *Primo*, Si judex litem ſuam fecit, quod fit imperite judicando, & mulctatur pro arbitrio judicis majoris. *pr. h. t.*

36. *Secundum* facit habitator, ex cujus cœnaculo aliquid dejectum vel effuſum eſt, quod tranſeuntibus nocuit.

37. Hic tenetur in duplum damni dati, vel ſi homo liber ſit interfectus, in quinquaginta aureos, ſupra impenſas & id quod intereſt, *§. 1. h.*

38. *Tertium*, qui aliquid poſitum vel ſuſpenſum habet publico loco, quod tranſeuntibus poſſit nocere.

39. Ille tenetur in decem aureos, actione populari, quæ datur cuilibet ex populo.

40. Sed hæc res hodie ſpectat ad Magiſtratus urbium, *d. §. 1.*

41. *Quartum* quaſi-delictum eſt, ſi miniſtri, nautæ, caupones, vel ſtabularii, res viatorum & hoſpitum ſurripuerint.

42. Illorum Domini tenentur in duplum, at ſi alius rem abſtulerit, in ſimplum actio de recepto eſt, *§. ult. h. t.*

TIT. VI. *De Actionibus.*

43. Sequitur tertium juris objectum, Actio, quæ eſt jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur, *pr. h.*

44. Eſtque duplex, in rem, vel in perſonam. Actio in rem eſt, quæ datur ei, qui habet jus in re, adverſus quemvis poſſeſſorem, ad jus illud aſſerendum.

45. Jura in re ſunt quinque: *Primo* dominium, unde naſcitur *rei vindicatio*. *Secundo* jus dominio proximum, quod vocant utile dominium, unde naſcitur *utilis in rem actio*. *Tertio* hereditas, unde *hereditatis petitio*. *Quarto* Servitus. *Quinto* pignus. Sed de tribus prioribus hic non agitur.

46. Actio in perſonam eſt, quæ datur adverſus eum, qui nobis eſt obligatus ad dandum vel faciendum, *§. 1. h. t.*

47. In rem, Ex ſervitute naſcitur *actio confeſſoria*, veluti cum iter, actum, viam, uſumfructum, aliamve ſervitutem vindicamus, *§. 2. hic.*

48. Huic opponitur *negatoria*, qua dominus aſſerit prædii ſui libertatem, & negat alii competere ſervitutem, *d. §. 2.*

49. Sunt etiam in rem Prætoriæ actiones in *§. 3. hic.*

50. I. Publiciana, quæ datur ei, qui rem a non domino, bona fide, juſtoque titulo comparatam, amiſit ante uſucapionem, eamque repetit a tertio poſſeſſore, *§. 4. hic.*

51. II. *Reſciſſoria*, qua ſuccurritur his, qui per abſentiam, rem vel jus ſuum amiſerint, ut, reſciſſa uſucapione adverſarii, res ipſis reſtituantur, *§. 5. h.*

52. III. *Actio Pauliana*, per quam creditores repetunt ea, quæ a debitoribus in fraudem ipſorum ſunt alienata, *§. 6. h. t.*

53. IV. *Serviana & quaſi-Serviana*, quæ & hypothecaria dicitur, per quam creditores perſequuntur res ſibi oppignoratas, contra quemvis poſſeſſorem.

54. Datur hæc actio tam de pignore proprie dicto, cujus poſſeſſio tranſit in creditorem, quam de hypotheca, quæ manet penes debitorem, *§. 7. h. t.*

55. Sequuntur actiones perſonales prætoriæ, I. de conſtituta pecunia, quæ datur adverſus eum, qui nudo pacto promiſit, ſe ſoluturum quod ipſe vel alius debet, *§. 9. h. t.*

56. II. *Actio* in factum ex jure jurando, quæ datur contra eum, qui deferente adverſario, juravit ſibi deberi, *§. 11.*

57. Actiones pœnales Prætoriæ, in *§. 12.* ſunt parvi momenti.

58. Porro dividuntur actiones in rei perſecutorias, pœnales, & mixtas, *§. 16.*

59. *Rei perſecutoriæ* ſunt, quibus perſequimur id, quod noſtra intereſt.

60. Conſtat id quod intereſt, duabus partibus, damno illato, & lucro ceſſante.

61. Sunt autem rei perſecutoriæ, omnes in rem actiones, & omnes ex contractu.

62. Pœnales ſunt, quibus perſequimur pœnam legibus conſtitutam, ut eſt actio furti & injuriarum &c. *§. 18.*

63. Mixtæ ſunt, quæ partim pœnam, partim id quod intereſt perſequuntur, ut eſt actio de vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ &c. *§. 19.*

64. *Tertio* dividuntur actiones, quod vel in ſimplum ſint, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum, *§. 21.*

65. Sed hodie hæc diviſio ceſſat, neque enim ultra ſimplum agitur, niſi quando aliter ſtatutis comprehenſum eſt.

66. *Quarta diviſio* eſt, quod actiones ſint bonæ fidei, ſtricti juris, & arbitrariæ, *§ 28.*

67. *Bonæ fidei* dicuntur, in quibus judex habet liberam poteſtatem æſtimandi ex bono & æquo, quantum alter alteri, etiam ultra expreſſam conventionem, dare præſtare debeat.

68. Stri-

Digitized by Google

68. Stricti juris ſunt, in quibus judex non poteſt excedere terminos expreſſæ conventionis.

69. Ut apparet exemplo uſurarum, quæ, verbi gratia, in emptione venditione debentur poſt moram, etſi non promiſſæ; ſed in mutuo, quod eſt ſtricti juris, non debentur uſuræ, niſi diſerte promiſſæ.

70. Sunt, inquam, bonæ fidei, quæ naſcuntur a contractibus mutuas præſtationes habentibus actionesque reciprocas producentibus: Quæ autem actiones ſint bonæ fidei, hoc ex §. 28. aperte liquet, reliqui omnes ſunt ſtricti juris.

71. Tales ſunt, omnes conſenſuales, omnes qui re contrahuntur, excepto mutuo; omnes quaſi-contractus, excepta condictione indebiti. Actio e teſtamento mixti juris eſſe videtur; nam præcipuos bonæ fidei effectus poſſidet, velut in uſuris & fructibus, attamen numero ſtrictarum habetur. Præſcriptis verbis duæ ſunt b. f Æſtimatoria, & de permutatione: Reliquæ ſtricti juris. Actio de dote, eſt etiam bonæ fidei.

72. Arbitrariæ actiones dicuntur ita, ab arbitrio ſive a juſſu judicis, jubentis rem reſtitui, cui ſi reus pareat, bene eſt, ſin minus, gravius condemnatur, §. 31.

73. Hujus naturæ actiones recenſentur in §. 31. & ſummatim, ſunt omnes in rem actiones, excepta hereditatis petitione, quæ eſt b. fidei.

74. *Quinta diviſio* eſt, actiones aliæ ſolidum perſequuntur, aliæ minus quam ſolidum.

75. Hujusmodi illæ ſunt, in quibus obtinet beneficium competentiæ, hoc eſt, ne reus teneatur ultra quam facere poteſt; verum, ut reliquatur ei quantum ſatis eſt ad honeſtam vitæ exhibitionem.

76. Datur hoc Privilegium, 1. parentibus, 2. conjugibus, 3. ſociis, 4. donatoribus, cum ex donatione ſua conveniuntur, §. 37. & 38. *h. t.* item ei, qui bonis ceſſit, §. *u't.*

TIT. VII. *Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.*

77. Ex contractu filiifamilias & ſervi, contra dominum & patrem, dantur hæ actiones. I. Quod juſſu, Quæ datur ex contractu ſervi aut filiifam. adverſus Patrem vel Dominum, quorum juſſu contractus eſt initus, in ſolidum. Non tantum, inquam, ſi pater juſſerit, ſed & ſi non mandaverit, vel approbaverit quod filius geſſit, §. 1. & 4. *h. l. t. Quod juſſ.*

78. II. Exercitoria, quæ datur contra exercitorem navis ex contractu magiſtri, de negotiis, quibus erat præpoſitus, etiam in ſolidum, §. 2.

79. III. Inſtitoria, quæ datur ex contractu inſtitorio, adverſus eum, qui ipſum præpoſuit, æque in ſolidum.

80. Inſtitor autem eſt, qui negotiationi terreſtri eſt præpoſitus; Magiſter, qui maritimæ.

81. Exercitor, ad quem quotidianus navis reditus pertinet, *d.* §. 2. *h. t.*

82. *Tributoria* datur contra patrem vel dominum, qui male diviſerunt merces peculiares ſervi, aut filiifamilias, ad corrigendum iniquam illam diviſionem, §. 2. *h.*

83. Actio de peculio, datur contra patrem vel dominum, ex contractu ſervi aut filiifamilias, ad petendum id, quod eſt in peculio ipſorum, §. 4. *hic.*

84. Intelligitur autem peculium profectitium, non caſtrenſe, verum vel quaſi, nec quidem adventitium.

85. Actio de in rem verſo, datur contra eosdem, ex contractu eorundem, quatenus ipſorum patrimonium inde auctius eſt factum, *d.* §. 4.

86. Sed ſi filiofamilias mutua pecunia ſit data, de eo nulla datur actio; quia SCto Macedoniano prohibitum eſt hoc mutuum, niſi a patre ſit approbatum, vel utiliter verſum, §. 8. *h. t.*

87. TIT. VIII. *De noxalibus actionibus*, & TIT. IX. *Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur*, hodie non habent uſum, ideoque eos præteribimus.

TIT. X. *De iis, per quos agere poſſumus.*

88 Olim quisque ſuam cauſam in judicio per ſe, non per alium, agere debebat. *pr. h. t.*

89. Sed hodie, cuilibet liberum eſt, dare procuratorem, qui litem alienam mandato Domini adminiſtrat.

90. Eſt vel in rem ſuam, vel in rem alienam.

91. In rem ſuam, qui mandato quidem & nomine alterius, ſed in utilitatem propriam, agit cauſam, ut eſt, cui ceſſat eſt actio, titulo donationis, venditionis, dationis in ſolutum, aliove ſimili.

92. In rem alienam, qui vere pro alio, non in ſuum commodum agit.

93. Jure civili cuilibet privato liberum eſt, agere procuratorem cauſarum, §. 1. *h. t.*

94. Sed hodie ob notitiam ordinis judiciorum, quæ cuivis non ſuppetit, eſt hoc officium publicum.

95. Idem de Advocatis, qui apud veteres Romanos, quilibet ex populo eſſe poterant.

96. Differunt Advocati a procuratoribus; quod hi mandato conſtituantur, Advocati precibus adeuntur.

Digitized by Google

97. Procuratores omnia faciunt, quæ domini, & poſt litem conteſtatam fiunt domini litium, ut & ſententia in illos feratur, *l. 17. & l. 23. C. de procurat.*, quanquam judicati actio in illos non datur, *l. 4. in. pr. ff. de re jud.*

98. Sed Advocati voce duntaxat & ſcripto cauſæ patrocinantur.

99. Quibusdam in locis officia Procurator. & Advocat. conjunguntur, ut & procuratores poſtulent, id eſt merita cauſæ proponant, quod alioqui eſt Advocatorum, & Advocati ſimul procuratoria adminiſtrent.

TIT. XI. *De Satisdationibus.*

100. Satisdatio eſt cautio, qua quis adverſarium de his, quæ ad cauſam agendam pertinent, facit ſecurum.

101. Quæ jure civili hac de re traduntur, ea in praxi aliter atque aliter ſe habent adeoque commodius in foro poſſunt obſervari.

TIT. XII. *De Perpetuis & temporalibus action. & quæ ad & in hæredes tranſeunt.*

102. Actiones perpetuæ ſunt, quæ durant annos 30. quibus elapſis, nulla actio moveri poteſt, præter hypothecariam, quæ contra debitorem durat 40. annos, *l. 3. & 4. C. de præſcript. 30. annorum.*

103 Sunt autem perpetuæ, omnes actiones rei perſecutoriæ, præter eas, quæ excipiuntur.

104. Ut Actiones pœnales, civiles, hoc eſt, quæ ex legibus oriuntur; ſed Prætoriæ ſunt annales, ut eſt vi bonorum raptorum, injuriæ verbales, & ſimiles.

105. Quatenus tamen in factum ad rem perſequendam agimus, omnes iſtæ actiones ex delicto, ſunt perpetuæ.

106. Rei perſecutoriæ temporales, ſunt diverſæ: quædam biennio finiuntur, ut actio de dolo, *l. ult. C. de dolo malo.*

107. Quædam triennio, ut actio in rem mobilem, *princ. Inſt. de uſucap.*

108. Quædam quadriennio, ut reſtit. in integr. *l. ult. Cod. de temp. in integr. reſt.*

109 Quinquennio, ut querela inofficioſi teſtam. *l. 8. §. ult. ff. de querela inoffic.*

110. Decennio, ut actio in rem immobilem, *d. pr. Inſt. de uſucap.*

111. Viginti annis, ut eadem actio inter abſentes, hoc eſt, qui in diverſis provinciis habitant, *dict. pr. Inſt.*

112. Altera regula eſt, actiones rei perſecutoriæ tranſeunt in heredes, exceptis quibusdam ex delicto oriundis, *§. 1 hic.*

113. Actiones pœnales non tranſeunt adverſus heredes, *d. §. 1.*

114. Heredibus dantur omnes actiones, etiam, quæ ex delicto ſunt, exceptis, quæ tendunt ad vindictam perſonalem, ut eſt actio injuriarum & ſimiles, *d. §. 1.*

TIT. XIII. *De Exceptionibus.*

115. Exceptio, eſt actionis alioqui jure competentis excluſio.

116. Nam ſi actio ſit ipſo jure extincta, tum ſit quidem allegatio facti, ſed ea non eſt exceptio, veluti quod ſolutum, quod novatum, quod accepto latum ſit.

117. Dividuntur in perpetuas & temporales, ſive peremptorias, & dilatorias.

118. Exempla peremptoriarum ſunt, exceptio quod metus cauſa, de dolo, pacti de non petendo, jurisjurandi, & rei judicatæ, denique non numeratæ pecuniæ, quæ ſemel objecta cauſam perimit & perpetua eſt, licet, antequam objiciatur, ſit biennalis, *§. 1. & ſeqq. h. tit.*

119. Dilatoriæ, pertinent vel ad cauſam, vel ad judicium, vel ad perſonas judicium conſtituentes.

120. Ad cauſam, ut exceptio pacti de non petendo intra certum tempus.

121. Ad judicium, ut exceptio fori declinatoria.

122. Ad perſonas, ut exceptio ſuſpecti Judicis, & quod quis perſonam ſtandi in judicio non habeat, item procuratoris falſi, &c. *§. 10. & ſeqq. h.*

TIT. XIV. *De Replicat.*

123. Replicatio, eſt eliſio exceptionis, quam ſequitur triplicatio, & illam quadruplicatio; de quibus in *hoc tit.*

124. In fine additur diviſio exceptionum, in reales & perſonales. Illæ, quæ rem feriunt, heredibusque & fidejuſſ proſunt.

125. Hæ, quæ certis proſunt perſonis, ut exceptio, quod quis non teneatur, ultra quam facere poſſit, exceptio pacti de non petendo a Titio vel Cajo nominatim, *§. ult. h.*

TIT. XV. *De Interdictis.*

126. Interdicta olim erant formulæ, quibus Prætor in cauſa veræ vel quaſi-poſſeſſionis, aliquid fieri jubebat, vel prohibebat, *pr. h.*

Digitized by Google

127. Sed hodie ſunt actiones extraordinariæ, quibus de poſſeſſione vera vel quaſi litigatur.

128. Fiunt inſtar aliorum judiciorum, niſi quod hic ſummaria ſit cognitio, & extra ordinem procedatur.

129. Diviſiones ſunt variæ: præcipua eſt, interdicta ſunt vel adipiſcendæ, vel retinendæ, vel recuperandæ poſſeſſionis.

130. Adipiſcendæ ſunt, quorum bonorum, quod legatorum, de tabulis exhibendis, &c.

131. Quorum bonorum, datur heredi ad conſequendam poſſeſſionem rerum hereditariarum, quæ ab aliis detinentur.

132. Quod legatorum, datur heredi pro poſſeſſione legati quod legatarius occupavit, ad detrahendam Falcidiam.

133. De tabulis exhibendis, datur ei, cujus intereſt, ut videat legatque tabulas, *§. 3. h. tit. ff. quod legat. & de tab. exhib.*

134. Retinendæ poſſeſſionis ſunt, uti poſſidetis. & utrubi; Illud datur ei, qui contendit ſe poſſidere rem immobilem, in qua turbatur ab alio, *§. 4. h.*

135. Utrubi, datur ob eandem cauſam de re mobili, *§. 4. h.*

136. Vincit in utroque judicio, qui tempore litis conteſtatæ, nec vi, nec clam, nec precario poſſedit ab adverſario.

137. Victus in poſſeſſorio, tranſire debet ad petitorium, nam appellari non poteſt, *l. unic. C. ſi a moment. poſſeſſ.*

138. Recuperandæ poſſeſſionis interdicta ſunt, Unde vi. & de migrando.

139. Unde vi. datur ei, qui dejectus eſt de poſſeſſione fundi, vel ædium, ut reſtituatur.

140. De migrando. datur inquilino, cui Dominus ædium negat res eo illatas, ſine cauſa evidenti, *t. ff. de Migrando.*

TIT. XVI. *De Pœna temere litig.*

141. Temerarius litigator eſt, qui ſine probabili cauſa litigat.

142. Ille cohibetur tribus modis.

143. I. Per jusjurandum calumniæ, quod præſtat reus, Actor, & advocati; duo priores jurant, quod non animo vexandi aut tergiverſandi, moveant litem; Advocatus hodie ſemel pro officio ſuo, in ſingulis cauſis non jurat.

144. II. Per pœnam pecuniariam, id eſt condemnationem in expenſas.

145. III. Per infamiam, quæ infligitur ex delictis publicis & privatis, excepta actione legis Aquiliæ.

146. Item ex quatuor contractibus, propter dolum in illis admiſſum, ſcilicet in mandato, depoſito, ſocietate, tutela, *§. 1. & 2. h. t.*

TIT. XVII. *De Officio judicis.*

147. Judicis Officium eſt, ita judicare, quemadmodum legibus, moribus, aut conſtitutionibus eſt proditum.

148. Nam ſententia expreſſe contra jus lata, eſt ipſo jure nulla, ita ut appellatione non ſit opus, *l. 1. §. 2. ff. quæ ſent. ſine appellat. reſcind.*

149. Particulare officium judicis in variis cauſis, ex natura ſingularum actionum colligi debet, qua de re agitur in *§. 1. & ſeqq.*

TIT. XVIII. *De publicis Judiciis.*

150. Judicium eſt legitima cauſæ diſceptatio, quæ ſit apud Judicem, ex parte actoris & rei, litis finiendæ gratia.

151. Dividitur in civile. & criminale.

152. Criminale, vel publicum eſt, vel privatum.

153. Publicum eſt, vel capitale, vel non capitale.

154. Capitalia ſunt, I. crimen læſæ Majeſtatis, cujus reus ſit, qui violat jura ſummæ poteſtatis in republica.

155. Eſtque vel perduellio, vel majeſtatis in ſpecie.

156. Perduellio, quæ animo hoſtili committitur. Majeſtatis in ſpecie, cum citra hoſtilem affectum, lucri aliave cauſa Majeſtas læditur. De hac agitur in *l. ult. ff. ad Leg. Majeſt.* de illa *l. 5. C. ad Leg. Jul. Maj. §. 3. h.*

157. *Secundo* Adulterium, quod eſt corruptio mulieris alii nuptæ; nam maritus, rem habens cum virgine vel vidua, non committit adulterium, ſed ſtuprum, *l. 6. §. 1. ff. ad leg. Jul. de adult. §. 4. h. t.*

158. *Tertio* Homicidium, quod punitur lege Cornelia de Sicariis, *§. 5. h. t.*

159. *Quarto* Parricidium, quod punitur lege Pompeja, exquiſito genere pœnæ, quod habetur in *§. 6. h. t.*

160. Eſt autem parricidium, homicidium ejus, qui recta linea nobis eſt conjunctus, ſive aſcendens, ſive deſcendens ſit, *d. §. 6. in princ. & in fin.*

161. *Quinto* eſt raptus virginis, vel viduæ honeſtæ, in *l. un. Cod. de raptu virginum. §. 8. in fin. h. t.*

162. *Sexto* Plagium, eſt ſuppreſſio hominis; pœna capitalis, aliquando tamen & levior pœna eſt, *§. 10. h. t.*

163. *Septi-*

Digitized by Google

163. *Septimo* Peculatus, quod eſt furtum publicæ rei, vel ſacræ; & capite punitur, ſacrilegium ſemper; peculatus, ſi magiſtratus ipſi, eorumque miniſtri id deliquerint, §. *9. h. t.*

164. Non capitalia ſunt, veluti I. Falſum, quod eſt ficta veritatis imitatio, vel ſuppreſſio, in fraudem alterius facta. Pœna eſt deportatio, §. *7. h.*

165. II. Vis publica, quæ fit armis, & privata, quæ ſine armis, §. *8. hic.*

166. III. Repetundarum, quo tenentur Magiſtratus, qui pecuniam acceperunt, quo magis vel quo minus officium facerent, adeoque ob quaslibet ſordes & corruptiones. Pœna quoque deportatio eſt, *l. 7. §. 3. ad L. Jul. repetund.*

167. IV. Reſiduorum, quo tenentur, qui pecuniam publicam in certos uſus ſibi commiſſam, non totam in eos converterunt, ſed partem ſibi ſervarunt. Pœna eſt, ut tertia parte plus ſolvat reus quam acceperit, *l. 5. §. 5. ad L. Jul. pecul.*

168. V. Ambitus, quo tenentur, qui corruptis ſuffragiis honores ambierunt. Pœna eſt centum aureorum, cum infamia, *l. un. §. 1. ff. ad L. Jul. de Ambitu.*

169. VI. Crimen annonæ, cujus reus eſt, qui hoc agit malis artibus, ut annona fiat carior, hæc ſunt in *§. 11. h. t.* Pœna eſt 20. aureorum, *l. 2. ad L. Jul. ann.* add. *l. 6. de Extraord. crim.*

170. Poſſunt autem in his circumſtantiæ eſſe tam atroces, ut judex ad capitalem quoque pœnam procedere queat, veluti in ſtupro ſive corruptione mulieris innuptæ, quod inter non capitalia modo eſt omiſſum, vid. *l. 1. §. ult. ff. de extraord. criminib.* adde *l. 9. in fine eod. t. l. 6. ff. ad L. Jul. Peculatus, l. 13. ff. de pœnis.*

Digitized by Google

Digitized by Google

00564466

Digitized by Google

Digitized by Google